

**Typengestaltung, Begründungs- und  
Verfüugungsmöglichkeiten im französischen  
Immobliarsachenrecht**

**Ein Beitrag zur Entwicklung des französischen  
Grundstücksrechts seit dem Code civil im Vergleich  
zum geltenden deutschen Recht**

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der  
Ludwig- Maximilians- Universität  
zu München

vorgelegt von  
Wolfgang Weber

1964

1964







**Typengestaltung, Begründungs- und  
Verfüugungsmögllichkeiten im französischen  
Immobillarsachenrecht**

**Ein Beitrag zur Entwicklung des französischen  
Grundstücksrechts seit dem Code civil im Vergleich  
zum geltenden deutschen Recht**

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der  
Ludwig- Maximilians- Universität  
zu München

vorgelegt von  
Wolfgang Weber

1964



Referent: Prof.Dr. Ferid

Korreferent: Prof.Dr. Ulmer

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1964

A notre époque de bouleversement, il n'est rien d'immobile.

La terre elle-même, la vieille et solide terre de France, et ce qui fut, sur son sein, la traditionnelle paysannerie française, rompant les anciens cadres, sont jetées à la rencontre de nouvelles institutions juridiques.

Savatier, Les métamorphoses économiques  
et sociales du droit civil d'aujourd'hui  
Bd.I Nr.227

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Murad Ferid,  
möchte ich auch an dieser Stelle für die Anregung zu  
der vorliegenden Arbeit und die freundliche Unter-  
stützung, die mir zuteil wurde, ganz besonders danken.

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                      | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Einleitung                                                                           | 1     |
| Hauptteil: Die Grundlagen des Liegenschaftsrechts in der Entwicklung                 |       |
| 1. Kapitel: Die Entwicklung der verschiedenen Arten der dinglichen Rechte            | 4     |
| A. Das dingliche Vollrecht: Eigentum                                                 | 5     |
| I. Der Begriff                                                                       | 8     |
| II. Die Lehre von der Entwicklung des Eigentums als Lehre von seinen Einschränkungen | 8     |
| a) Frankreich                                                                        | 8     |
| 1) Allgemeines                                                                       | 12    |
| 2) Beschränkungen der freien Verfügungsmacht                                         | 13    |
| aa) Durch Genehmigungspflicht                                                        | 14    |
| α) Teilung                                                                           | 14    |
| β) Flurbereinigung                                                                   | 15    |
| bb) Sonstige                                                                         | 16    |
| α) Landwirtschaftsrecht                                                              | 16    |
| β) Wohnungswesen                                                                     | 26    |
| b) Deutschland                                                                       | 36    |
| 1) Allgemeines                                                                       | 36    |
| 2) Beschränkungen der freien Verfügungsmacht                                         | 41    |
| aa) Landwirtschaftsrecht                                                             | 41    |
| bb) Baurecht                                                                         | 46    |
| cc) Mietrecht                                                                        | 47    |
| III. Zusammenfassung. Neue Konzeptionen                                              | 52    |
| IV. Umfang des Immobiliareigentums                                                   | 59    |
| V. Sonderformen des Eigentums                                                        | 63    |
| a) Miteigentum                                                                       | 63    |
| b) Sondereigentum                                                                    | 65    |
| c) Erbbaurecht                                                                       | 68    |
| B. Die beschränkten dinglichen Rechte und ihre Entwicklung                           | 70    |
| I. Numerus clausus                                                                   | 70    |

| VI                                                                                    | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| a) Grunddienstbarkeiten                                                               | 71    |
| b) Persönliche Dienstbarkeiten                                                        | 75    |
| 1) Nießbrauch                                                                         | 75    |
| 2) Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten                                            | 76    |
| c) Emphyteuse                                                                         | 77    |
| III. Verwertungsrechte                                                                | 79    |
| a) Die Hypothek                                                                       | 80    |
| 1) Die Vertragshypothek                                                               | 84    |
| 2) Legalhypothek                                                                      | 96    |
| 3) Judikatshypothek                                                                   | 105   |
| b) Das Vorzugsrecht (Privileg)                                                        | 109   |
| c) Die Antichrese                                                                     | 115   |
| d) Grundschuld, Rentenschuld und Reallast                                             | 116   |
| IV. Dingliche Erwerbsrechte                                                           | 117   |
| 2. Kapitel: Die Begründung dinglicher Rechte und die Verfügung über sie               | 118   |
| A. Einheitsprinzip und Vertragsprinzip - Abstraktionsgrundsatz und Eintragungsprinzip | 118   |
| I. Das französische Recht                                                             | 118   |
| a) Eigentum und davon abgespaltene dingliche Rechte                                   | 119   |
| b) Hypothek                                                                           | 121   |
| II. Historischer Hintergrund der französischen Regelung                               | 121   |
| III. Das deutsche Recht                                                               | 124   |
| IV. Hinweis auf das Problem der Publizität                                            | 127   |
| B. Der Erwerb vom Nichtberechtigten                                                   | 128   |
| C. Lösung der Probleme durch die Publizität                                           | 131   |
| I. Ausgestaltung der Publizität                                                       | 132   |

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) Die Publizität als konstitutives Element und als Voraussetzung der Wirkung gegen Dritte                                     | 132 |
| b) Weitergehende Funktionen der Eintragung                                                                                     | 140 |
| c) Kritische Würdigung der beiden Systeme                                                                                      | 143 |
| d) Gedanken zu einer Angleichung                                                                                               | 146 |
| II. Die Publizität im französischen Liegenschaftsrecht                                                                         | 155 |
| a) Der Code civil                                                                                                              | 156 |
| b) Vorgängige Entwicklung                                                                                                      | 156 |
| 1) Ancien droit                                                                                                                | 156 |
| 2) Zwischenrecht                                                                                                               | 162 |
| c) Die Entwicklung bis zum Transkriptionsgesetz vom 23.3.1855                                                                  | 165 |
| 1) Die Enquête von 1841                                                                                                        | 170 |
| aa) Publizität des Eigentumsübergangs und der Verfügung über vom Eigentum abgespaltene und verdinglichte obligatorische Rechte | 174 |
| α) Form der Publizität                                                                                                         | 174 |
| β) Gebiet der Publizität                                                                                                       | 176 |
| γ) Durchführung der Publizität                                                                                                 | 184 |
| δ) Wirkung der Publizität                                                                                                      | 185 |
| bb) Neuordnung der Vorschriften über die Vorzugsrechte und die Hypotheken                                                      | 186 |
| α) Vorzugsrechte                                                                                                               | 186 |
| β) Hypotheken                                                                                                                  | 188 |
| γ) Durchführung der Publizität bei Hypotheken und Privilegien                                                                  | 202 |

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| cc) Übertragbarkeit von Hypothekenbriefen                         | 206 |
| dd) Zusammenfassung                                               | 206 |
| 2) Die Beratungen von 1850                                        | 208 |
| 3) Das Transkriptionsgesetz von 1855                              | 213 |
| d) Bis zur Gesetzesverordnung vom 30.10.1935                      | 218 |
| 1) Die "Commission extraparlamentaire du cadastre" 1891-1905      | 220 |
| 2) Andere Projekte aus dem letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts | 231 |
| 3) Die Arbeiten der "Société d'études législatives" 1928-1929     | 236 |
| 4) Die Gesetzesverordnung vom 30.10.1935                          | 240 |
| e) Bis zur Reform von 1955-1959                                   | 243 |
| 1) Das Projekt der "Société d'études législatives" von 1942       | 243 |
| 2) Die "Commission de réforme du Code civil"                      | 244 |
| 3) Die Reform von 1955-1959                                       | 248 |
| Schlusbemerkungen                                                 | 250 |

## L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

### A. Französische Literatur

- Association Nationale des Notaires de France      Bulletin, Jahrgänge 1926, 1927, 1933 und 1934
- Aubry et Rau      Droit civil français, Bd.2 Des biens, bearbeitet von Esmein, 7. Auflage Paris 1961
- Bally, François      Rapport sur le Congrès international de la propriété foncière 1892, Voiron 1892
- Batiffol, Henri      Traité de droit international privé français, 3.Aufl. Paris 1959
- L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé, in Festschrift für E. Rabel, Tübingen 1954, S.591
- Baudry-Lacantinerie      Traité théorique et pratique de droit civil, Bd.VI Des biens, mit Chauveau, 3.Aufl. Paris 1905; Bd.XXV Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, Teil I mit de Loynes, 3.Aufl. Paris 1906
- Becqué, Emile      Le régime de la publicité foncière, JCP 1955.I.1226
- Les modalités d'application de la réforme de la publicité foncière, JCP 1956.I.1287
- Les modifications apportées à la nouvelle législation de la publicité foncière, JCP 1959.I.1495bis
- Besson, Emmanuel      Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, Paris 1891

# X

- |                                     |                                                                                                                                        |
|-------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Bitouzé, Alain                      | Le double aspect de la publicité foncière: institution civile et institution de police. Thèse Rennes 1960                              |
| Capitant, Henri                     | Les transformations du droit civil depuis 50 ans, Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée Bd.I, Paris 1922, S.31 |
| -                                   | Bericht zum Rapport Morel sur le projet tendant à la réforme du régime foncier, Bull.Soc.ét.lég.1929, S.64                             |
| Cazenavette, Henri                  | Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois du 9 messidor an III et 11 brumaire an VII. Thèse Toulouse 1898                  |
| Chaine, Jean                        | La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat le 3 décembre 1908. Thèse Dijon 1909                  |
| Chaveaux, Paul                      | Le statut de fermage d'après l'ordonnance du 17 octobre 1945, JCP 1946.I. 489                                                          |
| Chavanne, Albert                    | Stichwort "compte" im Rép.dr.civ. Dalloz                                                                                               |
| -                                   | Kommentar zum Gesetz über das Wohnungseigentum vom 28.6.1938, D.P. 1939.4.73                                                           |
| Chenu, Jean-Pierre                  | De la "transcription" à la "publicité foncière". Thèse Bordeaux 1958/1960                                                              |
| Colin-Capitant                      | Traité de droit civil, Bd.II, neubearbeitet von Julliot de la Morandière Paris 1959                                                    |
| Commission de réforme du Code civil | Travaux de la Commission de réforme du Code civil, Jahrgänge 1945-1946 u. 1946-1947, Paris 1947/1948 (zit.Travaux)                     |

# XI

|                                           |                                                                                                                                           |
|-------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Commission extraparlamentaire du cadastre | Procès-verbaux de la Commission extraparlamentaire du cadastre, instituée au Ministère des Finances, 9 Bände, Paris 1891-1905 (zit. P.V.) |
| Cornu, Gérard                             | Stichwort "usufruit" im Rép.dr.civ. Dalloz                                                                                                |
| Coste-Floret, Paul                        | La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil. Thèse Montpellier 1935                           |
| Dabin, Jean                               | Une nouvelle définition du droit réel, Rev.trim.dr.civ.1962, S.20                                                                         |
| Dalloz                                    | Répertoire de droit civil, 5 Bände, Paris 1951-1955, mit jährlicher mise à jour (zit. Rép.dr.civ.Dalloz)                                  |
| -                                         | Nouveau répertoire de droit, 4 Bände Paris 1947-1950, mit jährlicher mise à jour (zit. Nouv.Rép.Dalloz)                                   |
| David, René                               | Les données fondamentales du droit français, Bd. I Paris 1960, Bd. II mit versch. Mitarbeitern, Paris 1960                                |
| Dérida, Fernand                           | Stichwort "apparence" im Rép.dr.civ. Dalloz                                                                                               |
| Déruppé, Jean                             | La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Paris 1952                    |
| Desbois, Henri                            | Kommentar zur Ord. vom 17.oct.1945, D.1946.Lég.109                                                                                        |
| -                                         | Kommentar zum Gesetz vom 16.9.1947, D.1948.Lég.13                                                                                         |
| Désiry, Robert                            | Un bilan judiciaire: Le Code des loyers (Loi du 1 <sup>er</sup> septembre 1948) après quatre années d'application, D.1953.Chron.1         |

## XII

- Réflexions sur la nature juridique du droit au maintien dans les lieux institué par la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948, D.1954.Chron.163
- Deteix, Pierre Des réformes récentes de l'inscription hypothécaire et de la transcription. Loi du 1<sup>er</sup> mars 1918. Loi du 24 juillet.1921. Thèse Poitiers 1924
- Documents relatifs au régime hypothécaire Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiés par ordre de M. Martin, Garde des sceaux, Ministre secrétaire d'Etat au département de la justice et des cultes, 3 Bände Paris 1844 (zit. Doc.)
- Donnier, Marc Réflexions sur l'hypothèque judiciaire conservatoire (Art. 54 du code de procédure civile), D.1961.Chron.79
- Duguit, Léon Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1912
- Durand, Paul Le régime de la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935, Rev.crit.1936, S.149
- Duvergier Collection complète des lois, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Paris 1825 ff.
- Esmein, Paul La réforme de la publicité foncière, Gaz.Pal.1955.1.Doctr.71
- Nouvelles modifications du régime des baux de locaux d'habitation, Gaz.Pal. 1959.1.Doctr.5

### XIII

- Notables modifications du statut du fermage, Gaz.Pal. 8./12.2.1964
- Fau - Debeaurain Vers la liberté des loyers d'habitation, D.1962.Chron.41
- Flour de Saint-Genis Le crédit territorial en France et la réforme hypothécaire. Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques, Section des sciences économiques et sociales, 1891, S.218
- L'enregistrement et la réforme des lois foncières, Paris 1891
- Fréjaville, Marcel Kommentar zur Ord. Nr.45-2394 vom 11.10.1945, D.1945.Lég.229
- Friedel, Georges Stichwort "servitudes" im Rép.dr. civ.Dalloz
- Gayraud, Etienne De la transcription. Innovations et réformes introduites dans le régime de la transcription par le projet voté au Sénat le 3 décembre 1908. Thèse Montpellier 1912
- Ginossar, S. Droit réel, propriété et créance, Paris 1960
- Giverdon, Claude Kommentar zum Gesetz über die Einführung der hypothèque judiciaire conservatoire, D.1956.Lég.499
- Givord, François Stichwort "louage-locaux d'habitation et professionnels" im Rép.dr.civ. Dalloz
- Grasset, Joseph Les projets de réforme hypothécaire depuis le code civil. Thèse Montpellier 1907

#### XIV

- |                     |                                                                                                                                                                                                                                    |
|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Guillouard, L.      | La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil. Livre du centenaire du Code civil, Bd.I, Paris 1904                                                                                                                   |
| Gouze, Antoine      | La réforme des inscriptions hypothécaires et des transcriptions. Thèse Paris 1925                                                                                                                                                  |
| Guyenot, Jean       | La valeur du nouveau système des mutations immobilières, JÖP 1958.I.1435                                                                                                                                                           |
| Josserand, Louis    | De l'abus des droits, Paris 1905                                                                                                                                                                                                   |
| -                   | De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris 1927, 2.Aufl.1939                                                                                                                                                              |
| -                   | La transcription vue à travers le décret-loi du 30 oct.1935, D.H.1936. 1.1                                                                                                                                                         |
| -                   | Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, Festschrift Sugiyama, 1940                                                                                                                                     |
| Journal Officiel    | de la République Française (zit.J.O.) mit den Annexes (Documents parlementaires der Assemblée Nationale, der Chambre des Députés und des Sénat; zit. Doc.parl.)                                                                    |
| Juillard, Raymond   | De la réforme de la transcription. Thèse Rennes 1920                                                                                                                                                                               |
| de Labaudère, André | Teil Frankreich in Staat und Privateigentum, Bd.34 der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln-Berlin 1960 |

- Le Balle Rapport présenté au nom de la Commission chargé à étudier la question des privilèges et hypothèques occultes, Bull.Soc.ét.lég.1940-1946, S. 161
- Lebret Chronique législative, Droit civil II Rev.crit.1904, S.616
- Loché Législation civile, commerciale et criminelle de la France, Bd.8, Paris 1829-1832
- Lotz, François La publicité foncière et le régime des privilèges et hypothèques en droit Alsacien-Lorrain, Auszug aus Juris-Classeur Répertoire Notarial, Paris 1960
- de Loynes, Pierre Le Code civil et le Crédit. Régime hypothécaire, Régime de la transmission de la propriété. Livre du centenaire du Code civil, Paris 1904, Bd.I, S.383
- Manuel-Gismondi, Paolo Le régime de la publicité foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie. Thèse Paris 1933
- Maraval de Bonnéry, Jean La réforme de la publicité foncière. Décret-loi du 30 octobre 1935 et vues d'avenir. Thèse Paris 1935
- Martin-Maus-Lafarge Stichwort "louage-baux commerciaux" im Rép.dr.civ.Dalloz
- Maus - Daujat Kommentar zum Gesetz Nr.62-902 vom 4.8.1962, D.1963.Lég.129
- Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon, Mazeaud, Jean Leçons de droit civil, Bd.II, Paris 1959, Bd.III, Paris 1960

- Mezger, Ernest      Rôle comparé de la transcription immobilière française et de la "prénotation" du droit allemand, Rev.int.dr.comp.1949, S.324
- Michenet, Raoul      Les habitations à loyer modéré, JCP 1955.I.1218
- Morel, René      Rapport sur le projet tendant à la réforme du régime foncier, Bull.Soc.ét.lég.1928, S.215
- Morin, Gaston      La révolte du droit contre le code, Paris 1944
- Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in Festschrift Georges Ripert, Paris 1950, Bd.II S.3
- Nerson, Roger      Stichwort "propriété" im Rép.dr.civ. Dalloz
- La réforme de la publicité foncière, D.1955.Doctr.151
- La publicité des hypothèques de la femme mariée et de l'incapable en tutelle, Rev.trim.dr.civ.1958, S.161
- Ourliac - de Juglart      Le statut des baux ruraux: réformes, retouches, repentirs, JCP 1961.I.1597
- Les structures agraires: S.A.F.E.R. et cumuls, JCP 1963.I.1747
- Récentes modifications au statut du fermage, JCP 1964.I.1825
- Pailliet, J.B.J.      Manuel de droit français, Paris 1837
- Patel, Robert      Kommentar zum Code des loyers, D.1949.Lég.93

## XVII

- Les nouvelles mesures affectant la législation des loyers d'habitation et professionnels, Gaz.Pal.1959.1. Doctr.9
- Modifications apportées à la législation de loyers d'habitation et professionnels, D.1960.Chron.9
- Patel - Boullé Le retour au droit commun pour les nouvelles locations bourgeoises et professionnelles dans certaines villes et sous certaines conditions, Gaz.Pal.1961.2.Doctr.45
- Pelloux, Robert La constitution du 19 avril 1946, D.1946.Chron.45
- Planiol-Ripert Traité pratique de droit civil, 2. Auflage, Paris 1952 ff.  
Bd.III Biens, par Maurice Picard, 1953  
Bd.V Donations et testaments, par André Trasbot et Yvon Loussouarn, 1957  
Bd.XII und XIII Sûretés réelles, par Emile Becqué, 1953  
Bd.XIV Ergänzungsband 1962, zu Bd. III par M. Barraine
- Pothier Oeuvres, Nouvelle édition par M. Siffrein, Paris 1821  
Bd.III Du contrat de vente  
Bd.X Du droit de damaine de propriété
- Raynaud, Pierre Stichwort "hypothèque légale" und "inscription hypothécaire" im Rép. dr,civ.Dalloz

# XVIII

- Rigaud, François A propos d'une renaissance du "jus ad rem" et d'un essai d'une classification nouvelle des droits patrimoniaux, Rev.int.dr.comp.1963,S.557
- Ripert, Georges Le statut du fermage, D.1946.Chron.1
- La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1er septembre 1948, D.1948.Chron.193
- Les forces créatrices du droit, Paris 1955
- Ripert - Boulanger Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, Paris 1957 ff.  
Bd.II 1957  
Bd.III 1958  
Bd.IV 1960
- Rouast, André La fraude en matière de mesures de publicité dans le droit civil français, in Aequitas und Bona Fides, Festschrift für August Simonius, Basel 1955, S.333
- Sagnac La législation civile de la Révolution française. Thèse Paris 1898
- Sautai, Eugène De la publicité des actes intéressant la propriété immobilière. Législation actuelle. Projets de réforme. Thèse Caen 1909.
- Savatier, René Le droit de préemption du fermier, JCP 1946.I.517
- Stichwort "louage-baux ruraux" im Rép.dr.civ.Dalloz
- Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Bd.I, Paris 1952

XIX

- Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955, D.1959. Chron.221
  - Le sort du local d'habitation loué par un époux d'après la loi du 4 août 1962, Gaz.Pal.1962.2.Doctr.68
  - L'évolution du statut du fermage à l'intérieur des nouvelles structures agricoles, D.1964.Chron.49
- Solus, Henry      La publication au bureau des hypothèques des demandes en justice tendant à obtenir la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision des conventions soumises à la publicité, Rev.trim.dr.civ.1961, 155
- Terrat, Barthélemy      Du régime de la propriété dans le Code civil, Livre du centenaire, Paris 1904, Bd.I, S.329
- Théry, René      Les "personnes à charge" et le droit de la famille, JCP 1948.I.739
- Vincens, Bernard      La règle de la publicité obligatoire dans le nouveau régime foncier et hypothécaire. Thèse Montpellier 1957
- Waline, Marcel      L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine, JCP 1945.I.441

B. Deutschsprachige Literatur

- Aubin - Zweigert      Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952
- Bärmann                Neues französisches Grundstücksrecht AcP 155, 440
- Baur                    Lehrbuch des Sachenrechts, 2.Aufl. München und Berlin 1963
- Beyerle                Der dingliche Vertrag, in Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954
- Blanke                 Die Reform des französischen Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 und das deutsche Liegenschaftsrecht, Diss. München 1963
- Brandt                 Eigentumserwerb und Austauschgeschäft Leipzig 1940
- Dölle                  Persönliche Rechtsbeziehungen, Deutsches Recht, in Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleich. Darstellung, Tübingen 1955
- Dulckeit                Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Recht und Staat Heft 158/159 Tübingen 1951
- Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in Festschrift für Fritz Schulz, Weimar 1951, Bd.I, S. 148
- Enneccerus-Kipp-Wolff    Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd.I Allgemeiner Teil, von L. Enneccerus, 15.Aufl. bearbeitet von Nipperdey, Tübingen 1959/60 (zit. Enneccerus-Nipperdey)
- Bd.II Schuldrecht, von L. Enneccerus, 15.Aufl. bearbeitet von Lehmann, Tübingen 1958 (zit. Enneccerus-Lehmann)

## XXI

- Bd.III Sachenrecht, von M. Wolff, 10. Aufl. bearbeitet von Raiser, Tübingen 1957 (zit.Wolff-Raiser)
- Eppig Das Bundesbaugesetz in der notariellen Praxis, DNotZ 1960, 509
- Felgentraeger F.C. von Savignys Einfluß auf die Über-  
eignungslehre, Leipzig 1927
- Hypothek und Grundschuld, in Festschr.  
für Julius von Gierke, Berlin 1950,  
S.140
- Ferid - Firsching Internationales Erbrecht, Quellensamm-  
lung mit systematischen Darstellungen  
des materiellen Erbrechts sowie des Kol-  
lisionsrechts der wichtigsten Staaten,  
München-Berlin 1961
- Frankenstein Internationales Privatrecht, Bd.II,  
Berlin 1929
- Friedrich Artikel "Übereignung" im RvglHwb Bd.6
- Gamperl Die Flurbereinigung im westlichen Eu-  
ropa, München 1955
- Gierke, Otto Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetz-  
buchs und das deutsche Recht, 2.Aufl.  
Berlin 1889
- Haegele Die Beschränkungen im Grundstücksver-  
kehr, 2.Aufl. Baden-Baden 1963
- Heck Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft,  
Tübingen 1937
- Hedemann Die Fortschritte des Zivilrechts im  
XIX. Jahrhundert. Zweiter Teil: Die  
Entwicklung des Bodenrechts von der  
französischen Revolution bis zur Ge-  
genwart. 1. Hälfte: Das materielle  
Bodenrecht, Berlin 1930; 2. Hälfte:

## XXII

- |                               |                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                               | Das formelle Bodenrecht, Berlin 1935                                                                                                                                                                                                 |
| Henke-Mönch-Horber            | Grundbuchordnung, 6. Aufl. München-Berlin 1959                                                                                                                                                                                       |
| Heinsheimer-Kaden-Wolff-Merck | Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I Frankreich, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 (zit. Heinsheimer)                                                                                                                                    |
| Holtgrave                     | Neues Miet- und Wohnrecht, Berlin-Frankfurt 1960                                                                                                                                                                                     |
| von Ihering                   | Der Zweck im Recht, Leipzig 1877                                                                                                                                                                                                     |
| Kaiser                        | Teil Deutschland in Staat und Privateigentum, Bd. 34 der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln-Berlin 1960 |
| Krause                        | Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145, 312                                                                                                                                                            |
| Lange, Heinrich               | Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht, AcP 146, 28                                                                                                                                                        |
| Lange, Otto                   | Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, AcP 152, 241                                                                                                                                                     |
| -                             | Ist die behördliche Genehmigung zu einem Zivilrechtsgeschäft widerruflich? NJW 1950, 731                                                                                                                                             |
| Larenz                        | Schuldrecht Teil I, München-Berlin 1953                                                                                                                                                                                              |
| Locher                        | Zur Neugestaltung des Liegenschaftsrechts, Berlin 1942                                                                                                                                                                               |
| Mann                          | Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr, NJW 1955, 1177                                                                                                                             |
| Mayrhofer                     | Das Registerpfandrecht in Frankreich (österr.) JurBl. 1961, 206                                                                                                                                                                      |

# XXIII

|                                 |                                                                                                                                       |
|---------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mittermaier                     | Ueber den gegenwärtigen Stand der Hypothekengesetzgebung und der Gesetzgebung zur Sicherung des Grundeigentums, AcP 28,435 und 29,290 |
| -                               | Ueber den neuesten Stand der Gesetzgebung in Bezug auf den Uebergang des Grundeigentums und auf das Hypothekensystem, AcP 35,329      |
| Palandt                         | Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach, Rechenmacher, 18.Aufl. München und Berlin 1958         |
| Pikalo                          | Land- und forstwirtschaftliches Grundstücksverkehrs- und Erbrecht im westlichen Europa, Berlin 1961                                   |
| Pikalo-Bendel                   | Kommentar zum Grundstücksverkehrsgesetz, Berlin 1963                                                                                  |
| Planck                          | Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, AcP 75, 327                                            |
| Predari                         | Artikel "Auflassung" im RvglHwb Bd.2                                                                                                  |
| Raape                           | Internationales Privatrecht, 5.Aufl. Berlin-Frankfurt 1961                                                                            |
| Rabel                           | Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, München 1925                                                                        |
| Rechtsvergleichendes Wörterbuch | herausgegeben von Schlegelberger, 6 Bände, Berlin 1929-1938 (zit.RvglHwb)                                                             |
| Riedel                          | Erklärung der Auflassung vor einem ausländischen Notar, DNotZ 1955,521                                                                |
| Schätz                          | Die Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte nach deutschem und französischem Recht, Diss. München 1960                                   |
| Schmidt                         | Das Eigentumsrecht an Wohnungen im französischen und deutschen Recht, Diss. München 1963                                              |

XXIV

- Schunk Das französische Grundbuchrecht und seine Reformbestrebungen verglichen mit dem deutschen Recht, Diss. München 1935
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, §. Auflage Bd.III Sachenrecht, bearbeitet von Mühl, Rothe, OechBler, Augustin, Baur, Abraham, Stuttgart 1960; Internationales Privatrecht, Sonderdruck, Stuttgart 1961, bearbeitet von Kegel (zit. Soergel-Siebert mit Bearbeiter)
- Staudinger Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Teil 1 b: § 242, bearbeitet von Weber, Berlin 1961
- von Tuhr Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.I, München-Leipzig 1910
- Weber Nochmals: Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr, NJW 1955, 1784
- Westermann Sachenrecht, 3.Aufl. 1956, 4.Aufl. 1960 Karlsruhe
- Wieacker Wandlungen der Eigentumsverfassung, Hamburg 1935
- Bodenrecht, Hamburg 1936
- Wolff-Raiser s. Enneccerus-Kipp-Wolff

# Abkürzungsverzeichnis

|                         |                                                                                |
|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| a.A.                    | anderer Ansicht                                                                |
| aaO.                    | am angegebenen Ort                                                             |
| ABlKR                   | Amtsblatt des Alliierten Kontrollrats (Jahr, Seite)                            |
| AcP                     | Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)                              |
| a.F.                    | alte(r) Fassung (beim C.c. meist die vor der Reform von 1955 geltende Fassung) |
| Anm.                    | Anmerkung                                                                      |
| Art.                    | Artikel                                                                        |
| Aufl.                   | Auflage                                                                        |
| BBauG                   | Bundesbaugesetz vom 23.6.1960                                                  |
| Bd.                     | Band                                                                           |
| BGB                     | Bürgerliches Gesetzbuch                                                        |
| BGBI.                   | Bundesgesetzblatt (Jahr, Teil, Seite)                                          |
| Bull.Soc.ét.lég.        | Bulletin de la Société d'études législatives (Jahr, Seite)                     |
| BVerwGE                 | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts                                   |
| Cass.                   | Entscheidung des Kassationshofs                                                |
| Cass.civ. (auch Civ.)   | Kassationshof, Zivilabteilung                                                  |
| Cass.crim.              | Kassationshof, Strafabteilung                                                  |
| Cass.req.               | Kassationshof, Chambre des requêtes                                            |
| Cass.soc.               | Kassationshof, Zivilabteilung, Sozialkammer                                    |
| C.c.                    | Code civil                                                                     |
| C.com                   | Code de commerce                                                               |
| C.de l'urb.et de l'hab. | Code de l'urbanisme et de l'habitation                                         |
| Chron.                  | Chronique                                                                      |
| C.proc.civ.             | Code de procédure civile                                                       |
| Comm.extraparl.cad.     | Commission extraparlamentaire du cadastre                                      |
| C.r.                    | Code rural                                                                     |

# XXVI

|                        |                                                                              |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| D.                     | Dekret oder Dalloz (Recueil)                                                 |
| D.A.                   | Dalloz Recueil analytique                                                    |
| D.H.                   | Dalloz Recueil hebdomadaire                                                  |
| D.P.                   | Dalloz Recueil périodique                                                    |
| D.S.                   | Recueil Dalloz et Sirey                                                      |
| d.h.                   | das heißt                                                                    |
| ders.                  | derselbe                                                                     |
| Diss.                  | Dissertation                                                                 |
| DNotZ                  | Deutsche Notarzeitschrift (Jahr, Seite)                                      |
| Doc.                   | Documents relatifs au régime hypothécaire von 1844                           |
| Doc.parl.              | Documents parlementaires (Beilagen zum Journal Officiel)                     |
| DRWiss.                | Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift (Jahr, Seite)              |
| E I, E II              | 1. Entwurf, 2. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich |
| ebd.                   | ebenda                                                                       |
| ect.                   | et cetera                                                                    |
| EGBGB                  | Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch                                |
| Einl.                  | Einleitung                                                                   |
| ErbbauRVO              | Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.1.1919                                |
| f. (ff.)               | und folgende Seite(n)                                                        |
| Fak.                   | (Rechts-)Fakultät                                                            |
| Fn.                    | Fußnote                                                                      |
| franz. (auch französ.) | französisch                                                                  |
| Gaz.Pal.               | La Gazette du Palais (Jahr, Teil, Seite)                                     |
| GBO                    | Grundbuchordnung                                                             |
| Ges.                   | Gesetz                                                                       |
| GrdstVG                | Grundstücksverkehrsgesetz vom 28.7.1961                                      |

## XXVII

|                  |                                                                    |
|------------------|--------------------------------------------------------------------|
| 1.d.F.           | in der Fassung                                                     |
| IPR              | Internationales Privatrecht                                        |
| 1.V.m.           | in Verbindung mit                                                  |
| JCP              | Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique) (Jahr, Teil, Nr.) |
| JurBl.           | (österreichische) Juristische Blätter (Jahr, Seite)                |
| JZ               | Juristenzeitung (Jahr, Seite)                                      |
| KO               | Konkursordnung                                                     |
| KRG              | Kontrollratsgesetz                                                 |
| Lég.             | Législation                                                        |
| loc.cit.         | loco citato                                                        |
| LPG              | Landpachtgesetz vom 25.6.1952                                      |
| m.a.W.           | mit anderen Worten                                                 |
| MSchG            | Mieterschutzgesetz vom 1.6.1923                                    |
| m.w.Nachw.       | mit weiteren Nachweisen                                            |
| n.F.             | neue(r) Fassung                                                    |
| NJW              | Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)                       |
| Nouv.Rép.        | Nouveau répertoire de droit Dalloz                                 |
| o.               | oben                                                               |
| Ord.             | Ordonnanz                                                          |
| P.V.             | Procès-verbaux                                                     |
| Rép.dr.civ.      | Répertoire de droit civil Dalloz                                   |
| Rev.crit.        | Revue critique de législation et de jurisprudence (Jahr, Seite)    |
| Rev.int.dr.comp. | Revue internationale de droit comparé (Jahr, Seite)                |
| Rev.trim.dr.civ. | Revue trimestrielle de droit civil (Jahr, Seite)                   |
| RGBl.            | Reichsgesetzblatt (Jahr, Teil, Seite)                              |
| RHeimstG         | Reichsheimstättengesetz                                            |
| RvglHwb          | Rechtsvergleichendes Handwörterbuch                                |

## XXVIII

|         |                                      |
|---------|--------------------------------------|
| S.      | Satz, Seite oder Sirey (Recueil)     |
| s.      | siehe                                |
| S.L.A.  | Sirey, Lois annotées                 |
| s.o.    | siehe oben                           |
| sog.    | sogenannt (e, er)                    |
| Somm.   | Sommaires                            |
| Travaux | Travaux de la Commission de Réforme  |
| u.a.    | und andere(s), unter anderem         |
| u.ä.    | und ähnliche(s)                      |
| u.s.w.  | und so weiter                        |
| WEG     | Wohnungseigentumsgesetz v. 15.3.1951 |
| ZGB     | (schweizerisches) Zivilgesetzbuch    |
| z.T.    | zum Teil                             |
| ZVG     | Zwangsversteigerungsgesetz           |

Die bloße Angabe eines Ortsnamens bedeutet: Entscheidung (oder Gutachten) des an diesem Ort befindlichen Appellationsgerichts.

## E I N L E I T U N G.

Die in Frankreich in den Jahren 1955 bis 1959 durchgeführten Reformen des Liegenschaftsrechts, die auch in deutschen Juristenkreisen nicht unbeachtet blieben, (1) geben dazu Anlaß, sich die Ausgestaltung des Immobiliarsachenrechts und seine Entwicklung seit dem gerade hier mit großen Mängeln behafteten napoleonischen Gesetzgebungswerk in den wesentlichen Stufen zu vergegenwärtigen.

Daß auch die Kenntnis der geschichtlichen Herkunft und der Entwicklung eines Rechtsgebiets eine wesentliche Bedingung für das Erfassen und die richtige Interpretation desselben und damit sowohl rechtsvergleichenden wie internationalprivatrechtlichen Arbeitens ist, braucht nicht besonders betont zu werden. Dazu genügt aber nicht das bloße Aufzählen der Änderungsvorschläge und -gesetze in ihrer chronologischen Folge: "Ein Gesetz ist ohne die zugehörige Rechtsprechung nur wie ein Skelett ohne Muskel. Und die Nerven sind die herrschenden Lehrmeinungen." (2) In dieser Arbeit soll daher zunächst versucht werden, die hinter der Lösung von Einzelfragen auftauchenden grundsätzlichen Vorstellungen des Gesetzgebers und die leitenden Prinzipien und Tendenzen in Rechtsprechung und Lehre aufzuzeigen, um so wenigstens teilweise den historischen Hintergrund der sowohl im Materiellen wie im Formellen bestehenden Verschiedenheit des französischen Liegenschaftsrechts gegenüber dem deutschen zu beleuchten.

Der Code civil von 1804 bietet sich als zeitlicher Ausgangspunkt für eine solche Betrachtung in seiner Eigenschaft als einer der großen Marksteine der Rechtsgeschichte und als Ursprung und Grundlage des heutigen französischen Zivilrechts, aber auch der modernen Rechte eines Teils der europä-

- 
- 1) Bericht von Bärmann, AcP 1955, S.440. Ausführliche Behandlung derselben in der Dissertation von Blanke, Die Reform des französischen Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 und das deutsche Liegenschaftsrecht, 1963
  - 2) Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, München 1925, S.4

ischen und nicht weniger außereuropäischer Nationen, geradezu von selbst an, wenn auch seine Regelungen wiederum nicht ohne die - kurz zu streifende - vorgängige Entwicklung richtig verstanden und gewürdigt werden können.

Die folgenden Ausführungen werden sich im wesentlichen auf die Behandlung des französischen Rechts beschränken müssen. Aber wenn auch die Kenntnis des fremden Rechts allein schon die Arbeit einer Darstellung seiner Entwicklungslinien wert ist, so soll dabei doch nicht das eigene Recht aus den Augen verloren werden. "Auslandsrechtskunde ist (nur) die notwendige Vorstufe der vergleichenden Rechtslehre, beide zusammen bilden - wie dies Niboyet treffend formuliert hat - ein Haus mit zwei Stockwerken." (3) Leuchtet auch der Zweck einer rechtsvergleichenden Untersuchung auf dem Gebiet des Grundstücksrechts nicht ohne weiteres ein, da das Bedürfnis nach einer Vereinheitlichung hier nicht besonders groß erscheint, so soll doch - schon allein des Wissens um die Verschiedenheit wegen - versucht werden, dieses zweite Stockwerk zu erreichen, nämlich die eigentliche Rechtsvergleichung als Herausarbeiten der Unterschiede zwischen dem deutschen Recht einerseits - dies allerdings verständlicherweise in ziemlicher Kürze und im wesentlichen unter Beschränkung auf den Rechtszustand, wie ihn das BGB geschaffen hat - und dem französischen Recht andererseits. Hieraus lassen sich immer Anregungen zu besserer Erkenntnis und, wo nötig, zur Fortbildung des eigenen Rechts gewinnen.

Aus dem Thema ergibt sich im Hinblick auf den Aufbau und die tatsächliche Entwicklung des behandelten Rechtsgebiets eine natürliche Zweiteilung: in einem ersten Teil sind die Arten der dinglichen Rechte darzustellen, wobei das Eigentum als dasjenige, das am meisten und immer wieder Änderungen

-----  
3) Aubin-Zweigert, Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952, S.24

sowohl in der Konzeption als auch in der gesetzlichen Ausgestaltung erfahren hat, einen etwas breiteren Raum einnehmen wird. Im zweiten Teil wird die Begründung dinglicher Rechte am Grundstück und die Verfügung über sie sowie das damit zusammenhängende Problem der Publizität dieser Rechte bzw. Rechtsvorgänge zu behandeln sein.

## HAUPTTEIL

### DIE GRUNDLAGEN DES LIEGENSCHAFTS- RECHTS IN DER ENTWICKLUNG.

#### 1. Kapitel

#### Die Entwicklung der verschiedenen Arten der dinglichen Rechte.

Zum Verständnis des Liegenschaftsrechts erscheint zunächst eine vergleichende Übersicht über die hauptsächlich in beiden Rechtssystemen bestehenden dinglichen Rechte an Immobilien erforderlich.

Dabei ergibt sich, wie schon angedeutet, daß das Eigentum als das dingliche Vollrecht selbst eine bemerkenswerte Entwicklung durchgemacht hat, die allerdings im wesentlichen auf immer weitere Einschränkungen seines Umfangs hinausläuft, so daß die Lehre von der Entwicklung des Eigentums in den letzten 150 Jahren nichts anderes ist als die Lehre von seinen Beschränkungen. Auf alle Einzelheiten kann aber in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. (4)

Vorweg kann bei der Übersicht über die dinglichen Rechte an Grundstücken in beiden Rechtsordnungen unterschieden werden zwischen dem dinglichen Vollrecht Eigentum mitsamt den eigentumsähnlichen Rechten (Erbbaurecht und, in Frankreich, Superficies)(5) einerseits und den beschränkten dinglichen Rechten

- 
- 4) sehr viel Material zur Entwicklung im 19. Jh. bei Hefemann aaO. Teil 1
  - 5) Das Erbbaurecht und das diesem in den praktischen Auswirkungen entsprechende "~~droit~~ de superficie" werden häufig zu den dinglichen Belastungen eines Grundstücks gezählt. Für beide ist dies vom Standpunkt des Grundstückseigentümers aus auch richtig. (Wolff-Raiser zählen das Erbbaurecht sogar zu den dinglichen Nutzungsrechten; aaO. S.13). Da das Erbbaurecht aber für sich wieder grundstücksgleiches Recht ist, erscheint es besser, es als eigentumsähnliches "Verfügungshoheitsrecht" zu qualifizieren. Ähnliches gilt für die Superficies, die richtig als eigenständiges Recht an Gebäuden, die auf fremdem Grund stehen, angesehen wird. Vgl. für das französische Recht etwa Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2233 u. 2472 ff., für das deutsche Recht Baur aaO. S.18

andererseits. Letztere lassen sich (nach ihrem Inhalt) wieder aufgliedern in die vom Eigentum "abgespaltenen" Nutzungsrechte (démembrements de la propriété) und die Verwertungsrechte; im deutschen Recht kommt eine dritte Kategorie hinzu: die dinglichen Erwerbsrechte. (6)

Bei den Nutzungsrechten finden sich solche, die in beiden Rechtsordnungen bekannt und der Konstruktion wie dem Umfang nach ziemlich gleich sind - die Grunddienstbarkeiten (servitudes oder services fonciers) und der Nießbrauch (usufruit) -, solche, die in der anderen Rechtsordnung umfangmäßig anders gestaltet sind - das französische Recht kennt an dinglichen Rechten, die bei uns in die Kategorie der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten fallen, nur das droit d'usage und das droit d'habitation (Nutzungsrecht und Wohnrecht), und schließlich als Recht ohne Parallele die Emphyteuse des französischen Rechts.

Zu den Verwertungsrechten an Grundstücken gehören im französischen Recht Hypothek, Vorzugsrecht (privilège) und Antichrese, im deutschen Recht die Reallasten, Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld.

Zu der nur im deutschen Recht zu bildenden Gruppe der dinglichen Erwerbsrechte, die hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt, aber nicht weiter behandelt werden soll, zählen Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Heimfallrechte.

Die folgenden Darstellungen werden der gegebenen Aufteilung folgen.

#### A. Das dingliche Vollrecht:

##### Eigentum. Seine Entwicklung.

I) Der Begriff des Eigentums ist in den beiden hier untersuchten Rechtsordnungen in den wesentlichen Grundlinien der

-----

6) Über die Bildung und die Abgrenzung der einzelnen Gruppen herrscht keine Einigkeit. Darauf soll hier aber nicht eingegangen werden. - Außer Betracht bleiben Sondergebiete wie Berg- und Wasserrecht und Sondererscheinungen des Landesrechts wie etwa Grabstellenrechte.

gleiche, (7) wenn auch die Terminologie etwas verschieden sein mag. Art. 544 C.c. und § 903 BGB umschreiben das Eigentum in ganz ähnlicher Weise als das ausschließliche, (8) allumfassende, dauernde und innerhalb der gesetzlichen Grenzen unbe-

-----

- 7) Die berühmte, aber anerkanntermaßen unvollständige Definition des Art. 544 C.c. lautet: "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements." Ergänzend fügt Art. 546 Abs.1 C.c. hinzu: "La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière donne droit sur tout ce quelle produit ou sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement."
- 8) Der Charakter des Eigentums als ausschließlichem, erga omnes wirkendem Recht wird - jedenfalls auf dem Gebiet des Grundeigentums - durch den das ganze französische Zivilrecht durchziehenden Begriff der opposabilité bzw. non-opposabilité aux tiers nicht berührt, wenn dies auch auf den ersten Blick so erscheinen mag. Wenn der Eigentumsübergang oder die Belastung des Grundstücks, die beide, wie zu zeigen sein wird, grundsätzlich solo consensu erfolgen, Dritten, die den Erwerb eines konkurrierenden Rechts vor diesem Rechtsübergang eintragen ließen, nachträglich nicht entgegengesetzt werden kann und der Zweiterwerber mit der Eintragung unabhängig von gutem oder bösem Glauben Eigentümer bzw. Rechtsinhaber wird, so wirkt die erste Rechtsänderung doch bis zur Eintragung des zweiten Rechtsvorgangs gegen alle, auch gegen den Zweiterwerber, der a non domino erworben hat. Die opposabilité ist also rein eine Frage des Verkehrsschutzes mit in gewissem Sinne "konstitutiver" Wirkung. Für letzteres gilt aber das, was Ripert et Boulanger (aaO. Bd.II Nr.2462) sagen: "La transcription des mutations immobilières n'est qu'une condition d'opposabilité du droit transmis: ce n'est pas un procédé de transmission." - Schon eher könnte man aus § 135 BGB eine gewisse Relativierung des entgegen dem Verbot übertragenen Eigentums herleiten. Der Erwerber ist gegenüber jedermann Eigentümer, nur gegenüber dem Verbotsgeschützten nicht. Für diesen ist der Veräußerer weiterhin Eigentümer, soweit sein Interesse reicht, er nicht zustimmt oder nicht gutgläubiger Erwerb (§ 135 Abs.2 BGB; Ausschuß durch Eintragung des Verbots möglich, § 892 BGB) vorliegt. Ähnlich wirkt die Eintragung einer Vormerkung (§§ 883, 888, Abs.1 BGB). Hierdurch wird aber in Wirklichkeit auch nicht die Konzeption des Eigentums als erga omnes wirkendes Recht eingeschränkt, sondern es liegt, um mit von Thur (Der Allg. Teil des "Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd.I, S.70) zu sprechen, eine "Duplizität des Rechtssubjekts" vor. Für die Durchsetzung des Schutzes vgl. § 888 Abs.2 BGB.- S.zum Ganzen auch unten 2.Kap., C I c.

schränkte Recht, eine Sache zu gebrauchen und über sie zu verfügen. Im Gegensatz zu Art. 544 C.c. erwähnt § 903 BGB als zusätzliche Schranke der alleinigen absoluten Macht des Eigentümers noch die Rechte Dritter; diese Einschränkung ergibt sich aber aus der Natur der betreffenden Rechte und aus der des Eigentums, wie es von der Rechtsordnung umrissen wird, von selbst. Anders als die Legaldefinition des Code civil hebt das BGB weiter den auch in der französischen Lehre und Rechtsprechung betonten Ausschließlichkeitscharakter (9) des Eigentumsrechts besonders hervor, um ihm aber gleich wieder Grenzen in der Notstandsregel des § 904 zu setzen. Eine solche allgemeine Einschränkung des Eigentumsrechts im Privatinteresse kennt die französische Rechtsordnung nicht, aber auch sie läßt in gewissen, ganz eng umrissenen Notfällen Ausnahmen in dieser Richtung zu, die sich allerdings nur auf das Betreten fremder Grundstücke beziehen. (10)

-----

- 9) Die französische Rechtsterminologie spricht hier von "caractère exclusif" des Eigentums, während in Deutschland das Recht, andere von jeder Einwirkung auszuschließen, und die Freiheit des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, unter dem Begriff der Absolutheit zusammengefaßt werden (wobei man allerdings ersteres als "negativen Kern" vom "positiven Kern", womit letzteres bezeichnet wird, unterscheidet), unter welchem Begriff die französische Rechtsprache wiederum die (grundsätzlich) unbeschränkte Rechtsmacht des Eigentümers versteht, zu tun und zu lassen, was er will (vgl. Art. 544, 1. Halbsatz C.c.). Das Wort "absolut" hat in der deutschen Rechtsprache also mehrere Bedeutungen.
- 10) so Art. 41 des Gesetzes vom 28.9./6.10.1791, der im Fall der Unpassierbarkeit öffentlicher Wege die Benutzung fremder Felder ohne Zustimmung des Eigentümers gestattet (vgl. Cass.Civ. 9.12.1885, S.86.1.153); nach Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.212 hat die Rechtsprechung in Analogie dazu das Betreten fremder Grundstücke zur Rettung von durch Hochwasser weggeschwemmten Sachen zugelassen (Fundstelle und Datum des Zitats in Fn.5 unrichtig; eine solche Entscheidung konnte nicht gefunden werden). Ähnlich Art.9 des Gesetzes vom 4.4.1889 (D.P.89.4.34; Verfolgung eines Bienenschwarms), der § 926 BGB entspricht. Vgl. dazu Planiol-Ripert-Picard aaO.; Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2253

II) Durch beide Vorschriften schimmert die (allerdings erst durch die Postglossatoren so ausgebildete) römisch-rechtliche Konzeption des Eigentums (*uti, abuti, frui*) hervor, auf die der Gesetzgeber des Code civil wie, drei Menschenalter später, der des BGB aus ihrer liberalen, individualistischen Einstellung bewußt und bereitwillig zurückgriffen. Trotz dieser Einstellung haben aber beide das Eigentum nicht ganz so als ein "an sich schrankenloses Recht" aufgefasst, wie es die Doktrin des 19. Jahrhunderts vor allem in Deutschland gerne tat. (11) Allerdings ergeben sich die Grenzen nicht direkt aus dem Begriff des Eigentums selbst, sondern aus der Gesamtrechtsordnung, die das Recht verleiht und dabei den Rahmen für die Freiheit des Eigentümers absteckt. "Solche Begrenzungen sind dem Eigentum wie jedem subjektiven Recht immanent, sie gehören zur Bestimmung seines Inhalts." (12)

a) In F r a n k r e i c h war man sich schon vor der Abfassung des Code civil trotz der gerade erst erkämpften Freiheit des Bodens von allen Feudallasten (13) und der in der Folge vorgenommenen Aufwertung des Eigentums zu einem allgemeinen Menschenrecht mit der verfassungsmäßigen Garantie seiner

-----

- 11) Vgl. die Nachweise bei Wolff-Raiser aaO. S.174, Fn.14
- 12) Wolff-Raiser aaO. sub II 2. Für das französische Recht vgl. Ripert-Boulanger aaO. Bd.I Nr.499. Der C.c. bestimmt den Inhalt des Eigentums nicht wie bei den übrigen dinglichen Rechten positiv, von innen heraus, sondern grenzt ihn von außen ein. Der Eigentümer kann also "faire tout ce qui ne lui est pas défendu." Vgl. auch Déruppé in David aaO. Bd.II, S.107
- 13) Was Hyppolite Taine in seinen "Origines de la France contemporaine" (La révolution, I, S.386) als das Wesen der Revolution von 1789 ansieht, wenn er schreibt: "La révolution de 89 est, par essence, une translation de propriété. En cela consistent son support intime, sa forme permanente, son moteur premier et son sens historique." Kritisch dazu Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.4 a.E.

"Unverletzlichkeit und Heiligkeit" (14) darin einig, daß die Rechte des Eigentümers nicht unbegrenzt sein dürften. (15) Dies hat auch der Gesetzgeber von 1804 anerkennen müssen und im Gesetz verankert: "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements", (16) wenn auch gerade er im Gegensatz zu den Philosophen der damaligen Zeit, die mit dem Begriff des freien Individualeigentums auch dessen Grenzen klar umschrieben hatten, viel mehr den Freiheitsbegriff selbst und in noch stärkerem Maße die "Heiligkeit" des Eigentums herausstellte und, so hat man den Eindruck, nur am Rande und fast widerwillig die Einschränkung der Willkür des Eigen-

-----

- 14) Vgl. den berühmten Art.17 der "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" vom 28.8.1789: "La propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité." Dieser Grundsatz zieht sich durch alle franz. Verfassungen bis in die Neuzeit hinein; vgl. etwa Art.9 der Charte constitutionnelle vom 4.7.1814: "Les propriétés seront inviolables et sacrées", ebenso Art.8 der Charte constitutionnelle vom 14.8.1815. Die Verfassungen von 1946 und 1958 bekräftigen in ihren Präambeln die Grundsätze von 1789.
- 15) Vgl. Ripert, Les forces créatrices du droit, 1955, S.229 ff. So forderte schon Robespierre 1793 bei der Beratung über eine neue Formulierung der Menschen- und Bürgerrechte eine Begrenzung des ursprünglich für völlig frei erklärten Eigentums (vgl. Hedemann aaO. 1. Hälfte S.123). Die Auffassung Robespierres mag zum Teil allerdings auch auf die schon vor der franz. Revolution (u.a. auch von Rousseau in seinem contrat social) vertretene Ansicht zurückgehen, daß das Grundeigentum des Einzelnen ihm eigentlich nur vom Herrn des gesamten Grund und Bodens, nämlich vom Staat verliehen sei (dominium eminens - dominium utile). Diese Auffassung wurde in der Entscheidung Cass. Civ. 23.6.1857 (D.P.57.1:233) ganz entschieden bekämpft und spätestens seitdem in Frankreich nicht mehr ernsthaft vertreten.
- 16) Daß der Gedanke an das (später auch in den Verfassungen berücksichtigte) Allgemeinwohl zu dieser Formulierung führte, beweisen Vorgeschichte und Motive. So heißt es im Rapport des Berichterstatters im Tribunat, Faures: "... le bien général, auquel l'intérêt particulier doit toujours céder" (Locré Bd.8 S.175) und bei Portalis: "La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun."

tümers zuließ. (17)

So heißt es in der Ansprache, mit der Grenier bei der Beratung des Code civil im Corps Législatif den Abschnitt über das Eigentum einbrachte: "Il est vrai que pour combattre ou au moins pour jeter des doutes sur ce résultat, plusieurs écrivains ont indiscreètement accumulé beaucoup d'abstractions et de sophismes. On a cru pouvoir soulever au moins un coin du voile qui couvre l'origine de la propriété individuelle; on l'a attribuée à des simples conventions qui pouvaient être révoquées par d'autres; et en faisant entrevoir les prétendus avantages d'une égalité parfaite qu'on a imaginé avoir dû exister, on a supposé que cette égalité, détruite seulement par une loi civile qu'on mettait en opposition avec la loi naturelle, pouvait être rétablie par une autre loi civile; c'est ainsi qu'on s'est joué quelquefois de ce qu'il y a de plus sacré au monde." (18)

Sowohl bei den Philosophen der Revolutionszeit als auch beim Gesetzgeber des Code civil begegnet man also einer mehr oder minder offen zu Tage tretenden Doppelgesichtigkeit des Eigentumsbegriff. Während nun die Doktrin und mit ihr die Rechtsprechung, wie schon angedeutet, in Frankreich - zumindest in den beiden ersten Dritteln des vorigen Jahrhunderts - in zunehmendem Maße die Freiheit der Rechtsausübung durch den Eigentümer betonte, (19) kam der Gesetzgeber - durch die Um-

17) Das zeigt sich auch an den Vorschriften über Begründung und Dauer der Dienstbarkeiten (Art.686 und 706) sowie die Dauer des Nießbrauchs (Art.617 C.c.)

18) Locré Bd.8 S.198

19) Näheres bei Hedemann aaO. 1.Hälfte S.125 ff. Vgl.hierzu auch die in Fn.15 zitierte Entscheidung des Kassationshofs.- Erst um 1900 erfuhr auch die Macht des Eigentümers, mit seinem Eigentum nach freiem Belieben zu verfahren, selbst wenn er dabei anderen schadet ("neminem laedit qui iure suo utitur") eine Einschränkung durch die vor allem von Josserand entwickelte und vertretene "théorie de l'abus des droits" (vgl. seine Bücher De l'abus des droits, 1905 und insbes. De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927, Kap. I). Näheres hierzu bei Weber in der Kommentierung zu § 242 BGB, Bd. II Teil 1 der 11.Auflage des Staudinger'schen Kommentars.

stände gezwungen - nicht umhin, unter Rückgriff auf die einschränkende Formel des Art. 544 C.c. diese Freiheit durch Einzelgesetze immer mehr einzuschränken. Diese Tendenz hält auch heute noch an und hat sich nach den beiden Weltkriegen in ungeheuerem Maße verstärkt. Hat ihr anfangs auch ein festes Ziel und eine umfassende, überragende Idee gefehlt, (20) so wandelte sich die zunächst herrschende liberale Auffassung langsam und machte dem Gedanken einer gewissen "Sozialgebundenheit" (21) gerade auch des Grundeigentums Platz, wenn auch dieser Gedanke rechtswissenschaftlich nie besonders ausgebaut wurde (22) und erst recht nicht den Rang einer Verfassungsbestimmung erlangte, (23) wie überhaupt die Konzeption des Eigentumsbegriffs in Frankreich auch heute noch wesentlich libe-

-----

- 20) Die eigentumsbeschränkenden Gesetze, meist in Eile redigiert und von der Tagespolitik bestimmt, haben allerdings eines gemeinsam: sie befinden sich in krassem Widerspruch zu den individualistischen Prinzipien des C.c. Ein logischer Zusammenhang zwischen ihnen läßt sich nicht herstellen, selbst eine halbwegs einheitliche Terminologie fehlt. Vgl. Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, in Festschrift Ripert, 1950, Bd.II, S.3
- 21) ob man hierunter nun eine echte soziale Bindung (*la propriété, fonction sociale*) verstehen will oder nur die Einschränkung von Rechten an Dritte unter dem Gesichtspunkt des sozialen Ausgleichs (ersteres wird in Frankreich überwiegend abgelehnt; vgl. Morin aaO. S.15, und Ripert et Boulanger aaO. Bd.I Nr.488, beide mit weiteren Zitaten; Dérupé in David aaO. Bd.II S.106 ff.) Vgl. zu der Frage auch Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Nr.91 und 92 (S.232 ff.)
- 22) Vgl. aber Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, (von ihm stammt der Ausdruck "fonction sociale") und Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, beide analysiert bei Morin aaO. S.12 ff. Vgl. über Duguit auch Hedemann aaO. Teil I, S.316 ff.
- 23) Den einzigen Schritt in Richtung auf eine verfassungsmäßige Eingrenzung des liberalen Eigentumsbegriffs machte der - durch Volksentscheid vom 5.5.1946 abgelehnte - Verfassungsentwurf vom 19.4.1946, der in Art. 35 der Präambel bestimmte: "*La propriété est le droit inviolable d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi.*" Schutz also nur, soweit dieser gesetzlich umrissen. Die Verfassung der 4.Republik (vom 27.10.1946) bekräftigte wieder die Menschenrechte von 1789 (vgl.Fn.14).

ralistischer und individualistischer ist als bei und und man besonders beim Eigentum staatliche Eingriffe, vor allem auch in der Verfügungsfreiheit (23a) grundsätzlich ablehnt.(24).

1) Die trotz dieser Einstellung notwendig gewordenen Beschränkungen des Eigentums auf Grund des Gesetzesvorbehalts in Art. 544 C.c. betrafen fast ausschließlich das Grundeigentum. Es geht dabei vor allem um Einschränkungen der freien Benutzung aus Gründen des Gemeinwohls (öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Ordnung), die teils im Interesse des Staates, teils auch im Interesse Dritter, insbesondere der Nachbarn, festgesetzt wurden, wie die Vorschriften des Baurechts. (25)

-----

Diese bloße Bezugnahme ist aber nicht als Rückkehr zur alten Auffassung des Eigentums zu verstehen, sondern erklärt sich aus der Unmöglichkeit, sich auf eine neue Formel zu einigen; vgl. Ripert-Boulanger aaO. Nr.493, Fn.1 und Morin aaO. S.3 f. Zum Verfassungsentwurf 1946 vgl. Pelloux, La constitution du 19 avril 1946, D.1946.45

- 23a) dabei soll Verfügung nicht im streng techn.Sinn (rechtsgeschäftliche Einwirkung auf die Rechtslage) verstanden werden, sondern mehr im verkehrssüblichen Sinn, der auch die rechtsgeschäftliche Einwirkung auf die tatsächliche Lage mitumfasst, damit also eigentlich die Vertragsfreiheit des Eigentümers bezüglich seines Immobilienvermögens anspricht, z.B. die vertragliche Gebrauchsüberlassung.
- 24) Nicht zuletzt aus diesem Grund standen und stehen manche sogar der Publizität als einer Art staatlicher Bevormundung und Kontrolle ablehnend gegenüber.
- 25) Übersicht hierüber bei Nerson, Rép.dr.civ.Dalloz, Stichw. "propriété", Nrn.109 ff. Vgl. auch Ripert-Boulanger Bd. II Nrn.2527 ff.; de Labaudère in "Staat und Privateigentum", Bd.34 der Beiträge zum ausl.öff.Recht und Völkerrecht, S.125 ff.; Terrat, Du régime de la propriété dans le Code civil, Livre du centenaire I S.350 ff.; Capitant, Les transformations du droit civil français depuis 50 ans, Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée I, Paris 1922, S.31 ff.(50 ff.). - Die franz. Dogmatik unterscheidet bei den "restrictions apportées à l'exercice de la propriété immobilière dans l'intérêt public" die "servitudes d'utilité publique" und die "simples limitations de l'exploitation dans l'intérêt public". Ersteres sind in Wahrheit keine Servituten, da ein herrschendes Grundstück nicht vorhanden ist; bei manchen Beschränkungen läßt sich allerdings ein solches konstruieren, z.B. bei Rayonbeschränkungen, so daß jedenfalls für das "dienende" Grundstück die Belastung wie eine Servitut aussieht und wirkt. Vgl. dazu neben der zit.Literatur auch Hedemann aaO. 1.Hälfte, S.259

2) Dagegen hat Frankreich staatliche Eingriffe in die freie Verfügungsmacht (26) des Eigentümers - und allein dieser Aspekt soll hier, wo es vor allem um die Darstellung des Immobilienverkehrsrechts geht, näher untersucht werden - grundsätzlich immer abgelehnt. Nur während des zweiten Weltkriegs bestand eine von der Vichy-Regierung eingeführte allgemeine Genehmigungspflicht für alle Grundstücksgeschäfte: nach Art.1 des Gesetzes vom 16.11.1940 (27) bedurften die Übertragung von Eigentum und Nutzungsrechten an Grundstücken, die Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten und eines Landpachtverhältnisses von mehr als neun Jahren Dauer der Genehmigung des örtlich zuständigen Präfekten. Die Nichteinhaltung dieser Vorschrift führte zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und wurde überdies mit empfindlichen Strafen belegt. Diese Bestimmungen wurden durch die Verordnung vom 2.11.1945 wieder aufgehoben. (28)

Heute bestehen Beschränkungen der freien Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers nur in verhältnismäßig geringem Umfang, und wenn, dann laufen diese, anders als in Deutschland, mit

-----

- 26) soweit sie Einschränkungen des caractère absolu des Eigentums, nicht seines caractère exclusif sind und Rechtsgeschäfte unter Lebenden betreffen. - Verfügung hier im nichttechnischen Sinn, vgl. Fn.23a.- Auch rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen im technischen Sinn stand man in Frankreich immer sehr ablehnend gegenüber, da sie als mit der in Art. 544 C.c. normierten freien Verfügungsbefugnis unvereinbar angesehen wurden. Die Rechtsprechung ist aber von dieser starren Regel etwas abgewichen und läßt eng begrenzte Ausnahmen zu. Einzelheiten bei Planiol-Ripert-Picard aaO. Bd.III Nr.223 ff. Vgl. im deutschen Recht § 137 BGB.
- 27) Loi relative aux opérations immobilières (J.O. 12.12.1940, S.6078 = D.P.1940.409). - Damit war, worauf bei den Beratungen der Kommission zur Reform des C.c. hingewiesen wurde (s.Travaux 1946-1947), praktisch die Trennung von Grundstücksgeschäft (accord de volonté) und Übertragung herbeigeführt.
- 28) Ordonnance n° 45-2619 portant annulation de l'acte dit loi du 16 nov.1940 relatif aux opérations immobilières (J.O. 3.11.1945 = JCP 1945.III.10055). Zwar hatte die Verordnung vom 9.8.1944 "sur le rétablissement de la légalité républicaine" alle gesetzgeberischen Akte der Vichy-Regierung in cumulo aufgehoben, gleichzeitig aber deren provisorische Weiteranwendung bis zur ausdrücklichen Feststellung der Nichtigkeit angeordnet (dazu Waline JCP 1945.I.441).

zwei Ausnahmen nicht auf eine behördliche Genehmigungspflicht hinaus, sondern auf die Einräumung besonders geschützter Rechtspositionen an den Nichteigentümer. (29).

aa) Beschränkungen durch Genehmigungspflicht

α) Die erste der erwähnten Ausnahmen bildet die durch Art.8 des Gesetzes vom 14.3.1919 (30) eingeführte, durch Art.11 des diese Vorschriften ändernden Gesetzes vom 19.7.1924 (31) genauer umrissene, von Art.82 des Gesetzes vom 15.6.1943 über den Städtebau (32) und später von Art.106 Code de l'urbanisme et de l'habitation (33) fast wörtlich übernommene, durch das Dekret vom 31.12.1958 (34) weiter ausgedehnte Bestimmung, daß die freiwillige Grundstücksteilung zum Zweck der Bebauung mit Wohnungen der Genehmigung durch den Präfekten (35) bedarf,

-----

- 29) weswegen bei diesen Fällen in Frankreich häufig von einer Einschränkung des "caractère exclusif" des Eigentums gesprochen wird. Vgl. Morin aaO. S.6 f. und Ripert, Le statut du fermage, D.1946.Chron.1, der meint, daß dies auf die alte Unterscheidung in dominium eminens und dominium utile hinführe. Anders Colin-Capitant aaO. Bd.II Nrn.75 ff., wo diese Beschränkungen als "restrictions au caractère absolu du droit de propriété" qualifiziert werden. Daß durch solche Sonderregeln ein einheitlicher Eigentumsbegriff eigentlich nicht mehr besteht, stellen Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2556 deutlich fest.
- 30) Loi concernant les plans d'extension et d'aménagement des villes, J.O. 15.3.1919 = D.P.1922.4.208 (mit Kommentar)
- 31) J.O. 21.-22.7.1925 = D.P.1925.4.201. - Das Gesetz vom 15.3.1928 (J.O. 17.3.1928 = D.P.1928.4.281) suchte Nachteile früherer Teilungen zu mildern.
- 32) Loi du 15 juin 1943 relative à l'urbanisme, J.O. 24.6.1943 S.1715 = D.A.1943.94
- 33) Dekret n° 54-766 vom 26.7.1954, portant confirmation des textes législatifs concernant l'urbanisme et l'habitation J.O. 27.7.1954, S.7080 = D.1954.299
- 34) Décret n° 58-1466 du 31 décembre 1958, relatif aux lotissements, J.O. 4.1.1959, S.270 = D.1959.193: Ausdehnung auf Industriegelände.
- 35) Für Groß-Paris durch den Innenminister nach Anhörung der Städtebaukommission, des zuständigen Präfekten und des zuständigen Gemeinderats gem. Art.8 des Gesetzes vom 14.5.1932, J.O. 16./18.5.1932 = D.P.1932.4.280. - Die Genehmigungspflicht entfällt nicht schon dann, wenn die Teilungsparzellen allen Anforderungen hinsichtlich der Erschließung u.s.w. entsprechen, andererseits ist der Verkauf kleiner Teilflächen an einen Käufer nicht schon ein "lotissement". Vgl. Cass.civ.7.2.1956, JCP.1956.9186 mit Anm. Becqué Zum Ganzen Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2559

gleich, ob die Teilparzellen verkauft oder verpachtet werden; die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn die Teilung mit dem Bebauungsplan zu vereinbaren ist. Diese Genehmigungspflicht wurde durch das Gesetz vom 8.8.1935 (36) auch auf die Teilung von Grundstücken erstreckt, die zwar innerhalb bebaubarer Zonen liegen, deren Bebauung aber verboten ist (sog. lotissements-jardins). Die Bestimmungen dieses Gesetzes wurden übernommen von den Art. 92 ff. des angeführten Gesetzes vom 15.6.1943 und dem bereits erwähnten Code de l'urbanisme et de l'habitation (Art.117). Heute sind hierfür maßgebend die Art. 11 ff. des oben zitierten Dekrets vom 31.12.1958.

β) Größeren Umfang haben die Einschränkungen der freien Verfügungsmacht des Eigentümers auf dem Gebiet des Landwirtschaftsrechts (37) und des Mietrechts angenommen, allerdings

-----

- 36) Décret relatif aux lotissements-jardins, J.O. 11.8.1935 = D.P.1935.4.230
- 37) Keine solche Einschränkung bedeutet Art.1 des Dekrets Nr. 54-72 vom 20.1.1954 (J.O. 22.1.1954, S.832 = D.1955.84, ergangen auf Grund von Art.7 Abs.2 der VO Nr.45-2568 vom 2.11.1945 "relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", J.O. 4.11.1945, S.7225 = D.1946.24), nach dem die Bewirtschaftung (also nicht der Erwerb oder die Anpachtung) eines landwirtschaftlichen Betriebs durch ausländische natürliche oder juristische Personen nur mit Genehmigung des Landwirtschaftsministeriums erfolgen darf. Die Genehmigung erfolgt durch Aushändigung einer "carte professionnelle de chef d'exploitation". Diese Beschränkung wird auf Grund Art.54 EWGV gemäß Abschn.IV, Lit.F des allg. Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (Amtsbl.d.Europ.Gemeinschaften 36/62) schrittweise aufgehoben werden. - Gewisse Einschränkungen des privaten Eigentums an Waldflächen, wie sie im Code forestier vom 29.10.1952 enthalten sind, können hier wegen der geringen Bedeutung außer Betracht bleiben. Hinweise bei Ripert-Bou langer aaO. Bd.II Nr.2598 ff. - Auf die zum Schutz landwirtschaftlicher Betriebe und Grundstücke vor Zersplitterung im Jahre 1938 und später geänderten Bestimmungen des C.c. über die Erbteilung (Art.815 f., 832 f.)(durch Gesetz Nr. 61-1378 vom 19.12.1961 auf Wohn- und gewerblich genutzte Räume ausgedehnt) und die diesen weitgehend entsprechenden Bestimmungen der §§ 13 ff. des deutschen Grundstücksverkehrsgesetzes vom 28.7.1961 kann hier nicht eingegangen werden, da sie rein erbrechtlichen Charakters sind und die Möglichkeit der freien rechtsgeschäftlichen Veräußerung, die in Frankreich jeder Miterbe sowohl hinsichtlich seines Anteils

erst in neuerer und neuester Zeit.

Auf ersterem Gebiet liegt auch die zweite der erwähnten Ausnahmen: um die nachträgliche Zerschlagung landwirtschaftlichen Grundbesitzes in flurbereinigten Gebieten zu verhindern, schrieb Art. 31 des Gesetzes vom 9.3.1941 (38) bei Vermeidung der Nichtigkeit die Genehmigung der Teilung solcher Parzellen durch die Departementskommission für die "reconstitution foncière" vor. Die Genehmigung durfte nur unter der Voraussetzung erteilt werden, daß die Teilstücke dem Zuweg des Stammgrundstücks gleichwertige Zugänge erhielten. Da aber viele Teilungsakte nicht zur Genehmigung vorgelegt wurden, änderte Art. 26 des Dekrets vom 20.12.1954 (39) die Bestimmung dahingehend ab, daß schon die Teilungsabsicht angezeigt werden muß. Die (so umbenannte) Departementskommission für die landwirtschaftliche Reorganisation und Flurbereinigung nimmt dann die Aufteilung selbst vor, wobei sie darauf zu achten hat, daß alle neugebildeten Parzellen etwa gleichen Bewirtschaftungsbedingungen unterliegen wie das geteilte Grundstück und insbesondere gleichwertige Zugänge haben.

bb) Im übrigen handelt es sich bei den Einschränkungen der

-----

am Gesamtnachlaß als auch, auch schon vor der Auseinandersetzung, hinsichtlich des Anteils an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat (vgl. dazu Ferid-Firsching aaO. Frankreich Grdz.Rz.232 ff.), erhalten bleibt. Einzelheiten auch bei Pikalo aaO. S.285 ff. Neueste Fassung der Bestimmungen mit deutscher Übersetzung bei Ferid-Firsching aaO. Texte B. Die Ausübung der hier vorgesehenen Sonderrechte (Aufrechterhaltung der ungeteilten Erbengemeinschaft) bringt natürlich eine Einschränkung des in Art.815 Abs.1 C.c. geschützten Prinzips des Individual Eigentums (es kann jederzeit Teilung verlangt werden) für jeden Miterben mit sich. Ähnlich wirken die Vorschriften der Art.832 ff. C.c., die bestimmten Miterben die Möglichkeit einräumen, bei der Teilung die gerichtliche Zuweisung des ganzen Betriebs gegen Ausgleichszahlung zu verlangen.

- 38) Loi sur la réorganisation de la propriété foncière et le remembrement, J.O. 18.4.1941, S.1658 = D.A.1941.206
- 39) Décret n° 54-1251, tendant à accélérer l'aménagement foncier agricole et le remembrement, J.O. 22.12.1954 = D. 1955.9; die Vorschrift wurde wörtlich als Art. 35 in den Code rural (vgl. Fn.42) übernommen.

Freiheit des Immobilienverkehrs um Beschränkungen des "caractère exclusif" des Eigentums insofern, als hierdurch Dritten Rechtspositionen eingeräumt werden, die dinglichen Rechten fast gleichkommen. (40) Zu erwähnen sind hier Sonderregeln des Pachtrechts, wie etwa das Pachterneuerungsrecht und das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters, wie sie im sog. Pachtstatut vom 17.10.1945, (41) das heute (mit geringfügigen Änderungen) die Art. 790 ff. des Code rural (42) bildet, aufge-

-----

- 40) Insoweit kann man von richtigen "démembrements de la propriété", also dinglichen Belastungen, sprechen. Vgl. Morin aaO. und Ripert loc. cit.; ähnlich auch Savatier, La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural, D.1946. Chron.41. Man spricht heute auch allgemein von der "propriété culturale" des Pächters und einem "droit d'occupation" des Mieters (vgl. Ripert, La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 in D.1948. Chron.193). Déruppé aaO. erkennt dem Recht des Mieters und Pächters dinglichen Charakter zu. Die Ausgestaltung dieser Rechte haben, wie der Titel der Arbeit Déruppés auch andeutet, neuerlich zu Diskussionen über die Abgrenzung der dinglichen Rechte von den Forderungen geführt (vgl. Déruppé aaO. S.189 ff.) Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, würde auf dieses Thema eingegangen werden. Vgl. dazu Ginossar, Droit réel, propriété et créance, Paris 1960, mit (die Konzeption Ginossars ablehnder) Besprechung von Raiser in JZ 1963, 422; gegen Ginossar auch Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, Rev.trim.dr.civ.1962, 20 mit einer Entgegnung von Ginossar ebd.S.573; im Ergebnis mit Dabin übereinstimmend Rigaud, A propos d'une renaissance du "jus ad rem" et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux in Rev.int.dr.comp. 1963, 557, unter Bezugnahme auf Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud aaO. Bd.I Nr.165. Ablehnend auch Ripert et Boulanger aaO. Bd.II Nr.2236 u.Bd.III Nr.1679 ff.; aus der Rechtsprechung Trib.inst. Paris 31.1.1963, Gaz.Pal.1963.Somm.17.
- 41) Ordonnance du 17 oct.1945 (J.O. 18.10.1945 = Gaz.Pal.1945. 2.Lég.350 = D.1946.4.25 mit Kommentar Desbois ebd.S.109; vgl. dazu auch Déruppé aaO. S.33 ff. mit weiteren Literaturhinweisen und Einzelheiten über die Vorgeschichte der Bestimmungen; Chaveaux, Le statut de fermage d'après l'ordonnance du 17 octobre 1945, JCP 1946.I.489), modifiée par la loi du 13 avril 1946 (J.O.14.4.1946 = D.1946. 171)
- 42) Veröffentlicht als Anhang zum Décret de codification vom 16.4.1955 (J.O.19.4.1955 = D.1955.169). Der Code rural ist eine Sammlung der verschiedensten Vorschriften aus dem Landwirtschaftsrecht. Näheres zu den diesbezüglichen Ausführungen bei Pikalo aaO. Die Angaben dort sind zum

stellt sind, das gesetzliche Vorkaufsrecht zugunsten landwirtschaftlicher Entwicklungsgenossenschaften sowie Mieterschutzbestimmungen.(43)

α) Das landwirtschaftliche Pachtrecht Frankreichs, das sehr viele Aufgaben übernommen hat, die bei uns dem Grundstücksverkehrsrecht zukommen, sucht eine möglichst lange Bewirtschaftung des Bodens durch eine Hand zu erreichen, ohne die Bildung von Großgrundbesitz zu fördern.

Auf ersteres zielen neben der Vorschrift, daß die Landpacht auf mindestens neun Jahre abgeschlossen werden muß (Art. 21 der zitierten Verordnung vom 17.10.1945 i.d.F. des Gesetzes vom 13.4.1946; jetzt Art. 811 C.r.), auch die Bestimmungen ab, die dem bewirtschaftenden Pächter ein unabdingbares Pachterneuerungsrecht einräumen (Art. 26 der vorgenannten Verordnung in der Fassung von 1946; jetzt Art. 837 C.r.) und sogar die automatische Fortsetzung auf mindestens neun Jahre vorsehen, falls der Grundeigentümer nicht mindestens 18 Monate vor Ablauf des Pachtverhältnisses kündigt (Art. 27 Abs. 2 der

-----

Teil überholt; die Änderungen werden hier weitgehend berücksichtigt. - Das Landwirtschaftsrecht bringt neben den im folgenden erörterten noch weitere, aber unwichtige und kaum praktizierte Einschränkungen des Eigentums, wie Vorschriften über den Anbau u.ä. Vgl. dazu Pikalo aaO.. Näheres bei Nerson, Rép.dr.civ.Dalloz Stichw."propriété" Nrn.193 ff. - Der jetzige C.r. hat verschiedene Vorläufer gehabt, die aber meist im Stadium der Planung steckengeblieben sind; vgl. dazu Terrat, Livre du centenaire I 344.

- 43) Nicht hierher gehören bei genauer Untersuchung die Sonderrechte des Kaufmanns, der ein Geschäftslokal gemietet hat (sog."propriété commerciale")(Vgl.D. vom 30.9.1953, D.1953 Lég.393, i.d.F. des Ges. v.5.1.1957, D.1957.Lég.27). Er kann zwar die Erneuerung des Mietvertrags verlangen, der Eigentümer kann dies aber bei Zahlung einer entsprechenden Entschädigung ablehnen. Die Entschädigungspflicht entfällt bei Eigenbedarf (droit de reprise). Der Mieter hat also hier keine quasi-dingliche Rechtsstellung, da er nicht absolut geschützt ist. Vgl. dazu Morin aaO. S.7 f., auch Ripert in D.1948.Chron.193. Wegen Einzelheiten s. Martin-Maus-Lafarge, Rép.dr.civ.Dalloz, Stichw."louage-baux commerciaux", neugefasst in der mise à jour 1963. - Auch die Sondergesetzgebung über die "biens de famille"(Ges.v.12.7.1909) und die "habitations à loyer modéré" gehören nicht hierher. Vgl. dazu Michenet in JCP.1955.I.1218 und Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nrn. 2558 und 2560

Verordnung; Art. 838 Abs. 2 C.r.).(44)

Die übermäßige Konzentration von Grund und Boden in einer Hand suchte erstmals der durch das schon erwähnte Gesetz vom 13.4.1946 in das Pachtstatut eingeführte Art. 45 bis zu verhindern. Nach dieser Vorschrift mußten alle Ländereien, die nach (45) dem 1. September 1939 in einer Hand vereinigt wurden, innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes der Bebauung durch Einzelpersonen oder landwirtschaftliche Genossenschaften zugeführt werden, wenn diese Vereinigung den Abzug der bewirtschaftenden Bauernfamilien zur Folge hatte und wenn die beratende Kommission eine begründete Befürwortung gegeben hat. Jeder Interessent hatte dann die Möglichkeit, sich einen Teil dieser Ländereien vom Pachtgericht zuweisen zu lassen, soweit er sie selbst (persönlich oder durch seine Kinder) bewirtschaften konnte. Diese Bestimmungen wurden durch die weitergehenden Vorschriften des Gesetzes vom 15.6.1949(46)

- 
- 44) was er nur bei Eigenbedarf und vorliegen besonderer Gründe mit Erfolg kann; vgl. Art.840 u. 844-846 C.r. (jetzt i.d. F. des Ges.Nr.63-1332 v.30.12.1963), die z.T. wörtlich den Art.28 u.32 der VO v.17.10.1945 entsprechen (zur Neuregelung des droit de reprise vgl. Esmein, Notables modifications du statut de fermage, Gaz.Pal.8./12.2.1964; Savatier L'évolution du statut de fermage à l'intérieur des nouvelles structures agricoles, D.1964.Chron.49; Ourliac- de Juglart, Les récentes modifications au statut de fermage, JCP 1964.I.1825). Auf jeden Fall ist gem. den Art.847 ff. C.r. Ersatz der Verwendungen und Verbesserungen zu leisten. Vor Ablauf von 9 Jahren kann der Verpächter nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gerichtliche Aufhebung (résiliation) des Pachtverhältnisses verlangen. Vgl. dazu die Art. 830 und 831 C.r. (Art.23 u.24 der VO vom 17.10.1945 i.d.F. vom 13.4.1946) und Pikalo aaO. S.301. Bemerkenswert ist, daß auch der Pächter gegen seinen Willen das Pachtverhältnis auf 9 Jahre fortsetzen muß, falls er dem Verpächter die Absicht der Aufgabe nicht rechtzeitig anzeigt. Art.842 C.r. i.d.F. von 1963 bestimmt dazu: "Jeder Pächter, der das Pachtverhältnis nicht fortzusetzen gedenkt, hat seine Entscheidung mindestens 18 Monate vor Ablauf des Pachtvertrags dem Eigentümer mitzuteilen. Diese Benachrichtigung hat durch eingeschriebenen Brief mit Zustellungsnachweis oder außergerichtliche Zustellung zu erfolgen. - Mangels Kündigung entsteht ein neues Pachtverhältnis mit einer Dauer von 9 Jahren zu den im letzten Abs. des Art.833 vorgesehenen Bedingungen."

- 45) Nicht vorher, wie Pikalo aaO. S.303 schreibt

- 46) Loi relative au cumul des exploitations agricoles (J.O. 16.6.1949 = D.1949.294)

ersetzt, u.a. dahingehend, daß der Interessent die Grundstücke selbst auswählen und das Gericht die Grundstücksgrenzen zur Verbesserung der Struktur in gewissem Rahmen abändern kann.

Die Verordnung vom 27.12.1958 (47) hat die Materie in einem dem 1. Buch des Code rural hinzugefügten Titel VII (Art. 188-1 bis 188-9) neu geregelt. Anders als die vorhergehenden Bestimmungen erfaßt das Gesetz jetzt auch in der Zukunft liegende Vorgänge, die eine Anhäufung oder eine Vereinigung von landwirtschaftlichen Betrieben in einer Hand bedeuten. Die Bedingungen, wann eine solche Zusammenfassung verboten ist oder nicht, werden von einer neugeschaffenen "commission départementale des cumuls et réunions" festgesetzt (Art. 188-3 C.r.). Verboten ist sie insbesondere dann, wenn die Zusammenfassung eine festgesetzte Flächengröße übersteigt oder den Untergang eines lebensfähigen landwirtschaftlichen Betriebs herbeiführt (Art. 188-5 C.r.) Hier kann allerdings eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden (Art. 188-6 C.r.). Zur Durchführung einer hoch strengeren Kontrolle kann die zuständige Kommission vorschlagen, daß jede Anhäufung und Vereinigung von Betrieben in einer Hand auch dann, wenn die damit erreichte Gesamtfläche unter dem Maximum bleibt, einer vorgängigen Genehmigung unterliegt, die nach Erteilung alle drei Jahre zu erneuern ist. (48)

Art. 8 des Gesetzes Nr. 62-933 vom 8.8.1962 (49) änderte diese Bestimmungen wieder ab. Der neugefasste Art. 188-1 C.r. schreibt nunmehr für alle Anhäufungen und Vereinigungen landwirtschaftlicher Grundstücke und Betriebe in einer Hand bei Vermeidung ziemlich hoher Geldstrafen (Art. 188-9 C.r.) vorherige Genehmigung des Präfekten für den Fall vor, daß diese entweder eine festzusetzende Größe übersteigen oder daß dadurch die Betriebsgröße eines Hofes unter ein bestimmtes Mini-

-----

47) Ord. n° 58-1342 (J.O. 28.12.1958 = D.1959.130). Vgl. dazu Ourliac - de Juglart, Le statut des baux ruraux: réformes, retouches, repentirs, JCP 1961. I.1597.

48) Weitere Einzelheiten bei Pikalo aaO. S.304 f.

49) J.O. 10.8.1962 = D.1962.274

zum sinkt oder eine schon unter dem Minimum liegende Einheit ohne Zustimmung des Bewirtschaftenden noch mehr verkleinern. Diese Genehmigung darf erst nach Stellungnahme der Departementskommission erteilt werden.

Ausnahmen gelten für den Erwerb durch Erbgang oder seitens eines Miterben oder einer mit dem Erblasser bis zum 4. Grad einschließlich verwandten Person, ebenso für den Fall, daß innerhalb von 5 Jahren eine Wiederaufteilung zugunsten eines Abkömmlings erfolgt (Art. 188-1 Abs.3 und 4 C.r.).

Zu erwähnen ist hier noch die ebenfalls 1962 neu eingeführte und durch die Ausführungsverordnung Nr. 62-1375 vom 21.11. 1962 weiter ausgebaut Bestimmung des Art. 188-8 C.r. Danach dürfen während der Übergangszeit in der Landwirtschaftspolitik der EWG Industrielle und Kaufleute einen landwirtschaftlichen Betrieb, der den wirtschaftlichen Belangen des Hauptunternehmens dient oder zu dienen vermag, nur erwerben oder erweitern, wenn sie dies dem zuständigen Präfekten angezeigt haben und dieser nicht innerhalb von 2 bzw. in gewissen Fällen 3 Monaten ein Verbot ausspricht. (50)

Im Bereich des Pachtrechts findet sich schließlich auch die Bestimmung, die bei Nichtbewirtschaftung innerhalb von 2 Jahren trotz Abmahnung den Abschluß eines Zwangspachtvertrags mit bis zu 9 Jahren Dauer vorsieht. (51) Diese Vorschriften, die in der Kriegs- und Nachkriegszeit Bedeutung hatten, kommen heute praktisch nicht mehr zur Anwendung. (52)

Auch das Recht der Flurbereinigung kann erhebliche Eingriffe in das Eigentum mit sich bringen. Größeren Umfang hat dieses Rechtsgebiet erst nach dem ersten Weltkrieg angenommen; nach dem zweiten Weltkrieg wurde es stark ausgebaut. Da die

- 
- 50) Weitere Einzelheiten in den Art.2 bis 7 der genannten Verordnung, abgedruckt J.O. 23.11.1962, S.11401 = D.1962.384
- 51) Eingeführt durch Art.4 ff. des Gesetzes vom 27.8.1940 (J.O.30.8.1940, S.4841 = D.1940.4.262), ersetzt durch Art. 8 ff. des Gesetzes vom 19.2.1942 (J.O. 20.2.1942, S.735 = D.A.1942.85), übernommen von Art. 41 ff.C.r., geändert durch Gesetz Nr. 60-808 vom 5.8.1960 (J.O.7.8.1960, S.7360), Art.19, und Gesetz Nr. 62-933 vom 8.8.1962 (J.O.10.8.1962, S.7962 = D.1962. 274). Einzelheiten auch bei Pikalo aaO. S.306; die dort zitierten Vorschriften sind zum Teil falsch gezählt.
- 52) so Pikalo aaO. S.305, Fn.33

Probleme der Flurbereinigung in Frankreich ähnlich liegen wie bei uns, soll auf Einzelheiten hier nicht eingegangen werden. (53)

Andere, einschneidendere Vorschriften räumen den Pächtern (fermiers) und Teilpächtern (métayers) - wohl aus der Erwägung heraus, daß diese, die durch ihre Arbeit oft das Meiste zum Wohlstand eines landwirtschaftlichen Betriebs beigetragen haben, auch daran beteiligt werden sollen - bei jeder entgeltlichen Veräußerung (54) eines solchen oder eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks ein Vorkaufsrecht (55) ein, wenn sie diese mindestens schon fünf Jahre persönlich oder durch nahe Familienangehörige (56) bewirtschaftet haben. (Art. 790 Abs.1, 793 C.r.). Das Recht steht dem Pächter selbst dann zu, wenn er Miteigentümer des verkauften Grundstücks ist (57) seit dem Gesetz vom 27.3.1956 (58) aber nicht mehr, wie vorher nach Art. 5 bis Abs.3 des Pachtstatuts in der Fassung von 1946 (59) (jetzt Art. 795 Abs. 3-5 C.r.), auch den Berufslandwirten (bis zur Beendigung des laufenden Pachtverhältnisses), falls der Pächter von seinem Recht nicht Gebrauch macht. (60) Es kann

53) Vgl. die Darstellung bei Pikalo aaO. S.308 ff. und die Art. 9 ff. C.r., weiter Gamperl, Die Flurbereinigung im westl. Europa, München 1955, und Ripert et Boulanger aaO. Bd.II, Nr. 2518 ff.

54) dazu rechnen auch freiwillige und Zwangsversteigerung, vgl. Art. 799 C.r.

55) vgl. dazu Savatier, Le droit de préemption du fermier, JCP 1946 I, Nr.517

56) wozu insbesondere auch seine Geschwister gehören; vgl. Cass. Soc. 13.5.1955, D. 1956. 537

57) seit der Novelle vom 19.12.1961, die Art. 790 Abs.1 einen zweiten Satz dieses Inhalts anfügte.

58) D. 1956, 144. Dies ist bei Pikalo aaO. S. 297/298 noch nicht berücksichtigt.

59) Art. 13 des Gesetzes vom 13.4.1946. Vgl. Fußnote 40.

60) Diese während der Beratung des Gesetzes vom 13.4.1946 eingefügte Bestimmung war von Anfang an bekämpft worden. Der Gesetzgeber hatte nämlich, "aveugle par une sorte de mystique d'attribution de la propriété à l'exploitant" (so Savatier in Dalloz Rép.dr.civ., Louage-Baux ruraux Nr.334), verhindern wollen, daß das Land von Bodenspekulanten und Kapitalisten, die es durch Weiterverpachtung nutzen wollten, aufgekauft würde, dabei aber übersehen, daß so der Erwerber seinerseits gezwungen wurde, den bisherigen Pächter zu vertreiben (es bestand die Pflicht, die Bewirtschaftung selbst zu übernehmen). Außerdem bedeutete diese Regelung

nur persönlich ausgeübt und weder abbedungen noch übertragen werden. (Art. 792 Abs.1 und 3 C.r.). (61)

Anderweitige gesetzliche Vorkaufsrechte, insbesondere zugunsten des Staates und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts, gehen dem hier behandelten vor (Art.792.Abs.2 C.r.). (62) Das Recht entsteht nicht bei Grundstückstauschverträgen, selbst solchen mit Wertausgleichszahlungen, soweit der Tausch ähnlichen Zwecken dient, wie sie mit der Flurbereinigung verfolgt werden (Art.791 Abs.1 C.r.), ebensowenig bei Betrieben oder Grundstücken, die unter der durch Anordnung des zuständigen Präfekten festgesetzten Mindestgröße bleiben (Art.791 Abs. 2 i.V.m. Art. 809 letzter Absatz C.r.), (63) nach der Rechtsprechung (64) aber bei Erbteilung, gleich in welcher Form sie durchgeführt wird, wenn der Empfänger des landwirtschaftlichen Grundstücks oder Betriebs weiter als im dritten Grad verwandt

- 
- eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung des nicht verpachteten Grundbesitzes, da sich dieses Vorkaufsrecht nur auf schon verpachtete Ländereien erstreckte. Nicht zuletzt wurde der Verkäufer mit erheblichen Nachteilen und technischen Schwierigkeiten belastet, die zum erstrebten Erfolg ("Das Land den Bauern") in gar keinem Verhältnis standen. Die Ausübung dieses Rechts scheint auch nicht oft vorgekommen zu sein. Vgl. im übrigen Dalloz aaO. Nr.334 ff. und Savatier JCP 1946 I 517.
- 61) Übt der Pächter das Vorkaufsrecht als Strohmann für einen Dritten aus, so kann der Kaufvertrag angefochten werden; vgl. Pikalo aaO. S.298.
- 62) Diese sind in aller Regel öffentlich-rechtlicher Natur. Die Angabe von Pikalo (aaO. S.298), daß das Vorkaufsrecht mangels Ausübung durch näher Berechtigte besonders auch zugunsten des Staates und öffentlicher Gemeinschaften und Anstalten ausgeübt werden kann, ergibt sich aus Art. 792 C.r. nicht, vielmehr, wie im Text ausgeführt, das Gegenteil: Ausübung des Pächterrechts nur, wenn kein Vorrecht zugunsten öffentlicher Einrichtungen. Zum neu eingeführten Vorkaufsrecht der S.A.F.E.R. vgl. unten S. 24
- 63) Über weitere verfahrensmäßige Einzelheiten vgl. Pikalo aaO. S.298 f. Die hierzu einschlägigen Texte (Art.794 bis 801) werden in der derzeit geltenden Fassung und mit deutscher Übersetzung wiedergegeben bei Ferid-Firsching aaO. Texte C II 13.
- 64) Cass. Soc. 4.6.1948, JCP 1948 II 4539 mit ablehnender Anm. Savatier.

ist.

Der vom Gesetzgeber mit der Einführung eines Vorkaufsrechts zugunsten des Pächters bezweckte Erfolg, diesem nach bewährter französischer Tradition Zugang zum Eigentum zu ermöglichen, ist mit diesen Vorschriften weitgehend erreicht worden. Die Regelung hat aber auch, wie die Praxis zeigt, Nachteile: sie bewirkt eine oft zu weitgehende Stabilisierung und Fixierung der einmal bestehenden Pachtverhältnisse, und sie führt außerdem nicht selten dazu, daß sich die Pächter beim Verkauf landwirtschaftlichen Grundbesitzes geldliche Vorteile für den Verzicht auf ihr Vorkaufsrecht gewähren lassen. (65)

Ähnlichen Zielen wie das Vorkaufsrecht zugunsten des Pächters landwirtschaftlicher Grundstücke dient das erwähnte Vorkaufsrecht der landwirtschaftlichen Entwicklungsgenossenschaften (*sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, S.A.F.E.R.*). Diese gemeinnützigen Gesellschaften haben die Aufgabe, die Struktur der Landwirtschaft zu verbessern, insbesondere durch Erwerb von Grundstücken und landwirtschaftlichen Anwesen, die zum freihändigen Verkauf kommen, mit anschließender Vergabe an interessierte Landwirte sowie durch technische Beratung und Hilfe. (66) Zur Erfüllung dieser Aufgabe können auf Antrag der örtlichen Gesellschaft durch den zuständigen Präfekten nach Anhörung der Bezirksplanungskommission und der Landwirtschaftskammer bestimmte Gebiete festge-

-----

- 65) so Pikalo aaO. S.299. Er weist mit Recht darauf hin, daß das trotz der Schaffung des *crédit foncier* und umfangreicher gesetzgeberischer Maßnahmen (man denke an die Schaffung einer besonderen Art von Schuldverschreibung - *warrant-agricole* - durch Gesetz vom 30.4.1906 und die Kreditbestimmungen der Art. 653 ff.C.r.) auch heute noch unzureichend ausgebildete Kreditwesen die Ausübung des Vorkaufsrechts erschwert.
- 66) Art. 15 des Gesetzes vom 9.8.1960 (*sur l'orientation agricole*; J.O. 7.8.1960, S. 7360 = D. 1960, 290) mit Ausführungsverordnung vom 14.6.1961 (J.O. 15.6.1961, S.5396 = D.1961.206) Vgl.dazu Ourliac - de Juglart, *Le statut des baux ruraux: réformes, retouches, repentirs*, JCP 1961. I.1597; dieselben, *Les structures agraires: S.A.F.E.R. et cumuls*, JCP.1963.I 1747

setzt werden, in denen derselben bei entgeltlicher Veräußerung (67) landwirtschaftlich genutzten oder nutzbaren Bodens ein Vorkaufrecht zusteht. Seine Ausübung soll insbesondere dazu dienen, eine möglichst günstige Betriebsgröße bei schon bestehenden Bauernhöfen zu erreichen, (68) die Neugründung betriebsgünstiger Höfe zu fördern, die Bodenspekulation zu unterbinden und den Familiencharakter des Bauernhofs zu erhalten. (69) Dieses Recht geht allerdings etwaigen gesetzlichen Vorkaufsrechten des Staates und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften, dem Recht des Miterben auf bevorzugte Zuweisung eines landwirtschaftlichen Anwesens aus der Erbmasse (Art.832 Abs. 2 C.c.) und dem Vorkaufsrecht des bewirtschaftenden Pächters nach. Für die Ausübung gelten im wesentlichen die gleichen Bestimmungen wie für das Vorkaufsrecht des Pächters (Art.796 bis 799 C.r.)(70)

-----

- 67) dazu gehören auch freiwillige und Zwangsversteigerungen; ein Vorkaufsrecht besteht aber nicht bei Grundstückstausch, sofern eine evtl. Ausgleichszahlung nicht höher als  $\frac{1}{3}$  des Grundstückswertes ist, bei Verkauf gegen die Gewährung von Naturalrente, bei Erbteilung und Erbteilsveräußerung an Verwandte bis zum 4. Grad bzw. Miterben und deren Ehegatten, beim Erwerb durch landwirtschaftliche Arbeiter, früher wegen Eigenbedarfs des Eigentümers verdrängte Pächter und Halbpächter sowie die Eigentümer benachbarter Grundstücke und schließlich beim Erwerb zur Erstellung industrieller Vorhaben, alles unter der Bedingung, daß dies nicht zu übermäßiger Anhäufung in einer Hand führt (Art. 7 IV des Gesetzes vom 8.8.1962).
- 68) Art.7 der loi sur l'orientation agricole (vgl. Fußnote 66) sieht die Feststellung der günstigsten, durch zwei Menschen ("unités de main-d'oeuvre") zu bewirtschaftenden Betriebsgröße für jede von Natur aus eine Einheit bildende Region und jeden Betriebstyp vor.
- 69) Art. 7 des Gesetzes vom 8.8.1962 (complémentaire à la loi d'orientation agricole; J.O. 10.8.1962, S.7962 = D.1962. 274) mit Ausführungsverordnung vom 20.10.1962 (J.O. 21. 10.1962, S. 10280 = D.1962.345)
- 70) vgl. oben bei Fn. 55 ff.

β) Die katastrophale Lage auf dem Wohnungsmarkt als Folge sowohl des ersten wie des zweiten Weltkriegs führte zu weitgehenden staatlichen Eingriffen in die Freiheit des Eigentums an Gebäuden und erheblichen Änderungen des gemeinen Rechts der Art. 1708 ff. C.c. Schon zu Anfang des Jahres 1914 setzte eine Mieterschutzgesetzgebung ein, die im Laufe der Jahre zu einem ziemlich unübersichtlichen Durcheinander anwuchs. Zu Beginn war allerdings lediglich ein Zahlungsaufschub zugunsten des Mieters vorgesehen, (71) aber schon das Gesetz vom 9.3.1918 (72) gab dem Mieter die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Verlängerung des Mietvertrags zu den bisherigen Bedingungen zu verlangen. Diese Bestimmungen wurden später ausgebaut, (73) wobei das Gesetz vom 1.4.1926 (74) einen gewissen Abschluß brachte; dessen Vorschriften regelten im wesentlichen die Materie bis zum Gesetz vom 1.9.1948, sie wurden allerdings sehr häufig abgeändert. Während des zweiten Weltkriegs und vor

- 
- 71) Eine Übersicht über diese "décrets moratoires" in D.P.1918. 4.50, Spalte 1 unter 4. - Diese Maßnahmen waren erforderlich, um die wegen der Masseneinziehungen und der damit verbundenen Zahlungsunfähigkeit drohende Auflösung vieler Mietverträge zu verhindern.
  - 72) Loi relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre (J.O.12.3.1918 = D.P.1918.4.49 mit ausführlichem Kommentar von Robert) Art.56. Vgl.auch hierzu Déruppé aaO. S.69 ff.
  - 73) vgl. etwa loi portant fixation définitive de la législation sur les loyers vom 31.3.1922 (J.O.1.4.1922=D.P.1922.4.73 mit Komm. Tournier), Art.7, wo zum ersten Mal ein allg. Räumungsschutz ("maintien en possession des lieux loués") vorgesehen war; Gesetz vom 2.8.1924 (J.O.3.8.1924=D.P.1925.4.24, Komm. Renoult), geändert und ergänzt durch Ges.vom 24.4.1925 (J.O.25.4.1925 = D.P.1925.4.255); Art.2 Ges. vom 6.7.1925 (J.O. 6./7.7.1925 = D.P.1925.4.249).
  - 74) J.O. 2.4.1926 = D.P.1926.4.113, Art. 2 ff.; hier wurde wieder von "prorogation de jouissance" gesprochen (Fiktion der Weitergeltung des Vertrags); das Gesetz vom 1.2.1944 (J.O.6.2.1944, S.398 = D.A.1944.39)nimmt den Ausdruck "maintien dans les lieux" wieder auf. Interessant das Gesetz vom 5.2.1941 (J.O.21.2.1941, S.834 = D.A.1941.103 mit Komm. Nast D.C.1941.33), das den Vermieter, der sich weigert, eine Familie mit Kindern aufzunehmen, mit Strafe belegt und damit praktisch ein auf bestimmte Fälle beschränktes Zwangsmietrecht einführt. Art.54 des Code des loyers (abgedruckt im Petit Code civil Dalloz nach Art. 1778) hat diese Vorschrift übernommen.

allen unmittelbar danach überschlug sich die diesbezügliche Gesetz- und Verordnungsgebung dann ganz, (75) ohne allerdings die Grundzüge der bestehenden Regelung anzutasten.

In dieses Durcheinander brachte das Gesetz vom 1.9.1948 (76) Ordnung, indem es alle vorherigen Normen, soweit noch zeitgemäß, zusammenfasste, die alten Gesetze und Verordnungen aufhob und ein neues Mietrecht schuf (das Gesetz wird in Frankreich vielfach kurz und treffend Code des loyers genannt). Hier ist es vor allem der Räumungsschutz, (77) wie er in den Art.4 ff. geregelt ist, der interessiert und der, obwohl auch in Frankreich der Mieterschutz langsam abgebaut wird, (78) in den Ballungszentren, vor allem in Paris und Umgebung, sicher noch längere Zeit von Bedeutung sein wird.

-----

- 75) Ripert (aaO. D.1948.Chron.193) spricht von über 120 verschiedenen Gesetzen und Verordnungen, die vor dem 1.9.1948 die Materie regelten. Vgl. die Übersicht von Givord in Dalloz Rép.dr.civ. Stichw. Louage-Locaux d'habitation et professionnels, Nr.4-7
- 76) Loi portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, J.O. 2.9.1948, S.8659 = D.1948.300 mit Kommentar Patel, D.1949.93; abgedruckt auch im Anhang III zu Art. 1778 C.c. im Petit Code civil Dalloz. Dazu Verwaltungsanordnung vom 2.12.1948 (J.O.4.12.1948, S.11800 = D.1948.429). Jetzt im wesentlichen in der Fassung des Gesetzes Nr.62-902 vom 4.8.1962 (J.O.7.8.1962, S.7811 = D.1962.264); die Änderungen durch die Dekrete Nr. 62-1019 v.14.8.1962 und Nr. 62-1044 vom 27.8.1962 sind ganz geringfügig. Zum Gesetz vom 4.8.1962 vgl. Kommentar von Maus-Daujat in D. 1963. Lég.129; zur neueren Gesetzgebung im übrigen Patel, Les nouvelles mesures affectant la législation des loyers d'habitation et professionnels, Gaz. Pal.1959. 1.Doctr.9; ders.Modifications apportés à la législation des loyers d'habitation et professionnels, D.1960.Chron.9 ff.
- 77) "le maintien dans les lieux"
- 78) Vgl. die Ord. Nr.58-1343 v.27.12.1958 (J.O. 28.12.1958, S.11936 = D.1959.131), Art.2: kein Mieterschutz mehr in Gemeinden mit weniger als 10 000 Ew. (ausgenommen im 50-km-Umkreis von Paris) für Mieter, die nach dem 1.1.1959 einziehen. Vgl. auch Fau et Debeaurain, Vers la liberté des loyers d'habitation, D.1962 Chron.41. Dekrete, die auf Vorschlag des Bauministers erlassen werden, bestimmen

Daß der Gesetzgeber mit dem neuen Gesetz eine besondere, außerhalb des Vertragsrechts stehende Regelung geben und dem Mieter nach Vertragsablauf eine besonders geschützte Position einräumen wollte, zeigt schon der Umstand, daß der Ausdruck "maintien dans les lieux" im Gegensatz zum früher, vor allem im Gesetz vom 1.4.1926 gebrauchten Begriff "prorogation du contrat" (79) mit Bedacht gewählt wurde und keine bloße Wortspielerei ist, wie die Ausführungen des Berichterstatters in der Nationalversammlung ergeben: "Contrairement à ce qui peut apparaître à un esprit superficiel, les expressions 'maintien dans les lieux' et prorogation', loin d'être synonymes, correspondent à des situations juridiques entièrement différentes ... Dans la prorogation, le contrat qui devait disparaître, puisque le terme fixé par les parties était atteint, était néanmoins maintenu: le contrat de bail était prorogé au delà de sa date d'expiration malgré et contre la volonté de l'une des parties; la prorogation ne détruit pas le bail, au contraire, elle allonge sa durée ... Le maintien dans les lieux est tout autre chose; le bail arrive à terme et n'est pas, cette fois, prorogé; il s'éteint; c'est la loi qui intervient pour autoriser la continuation de l'occupation. Le droit à l'occupation ne réside plus alors dans le bail, puisque ce dernier est arrivé à son terme et s'est éteint. Le droit à l'occupation n'existe plus qu'en vertu de la loi: c'est dans la loi elle-même qu'il a sa source. Celui qui reste dans les lieux n'est plus un locataire, c'est un occupant. Ce n'est plus le

-----  
die Gemeinden, in denen der Mieterschutz entgegen der allgemeinen Regel ebenfalls entfällt (vgl. den durch die erwähnte Ord. eingefügten Abs.2 des Art.1 Code des loyers). Eine Zusammenstellung dieser Gemeinden im D. Nr.62-99 v. 27.1.1962, J.O. 31.1.1962, S.1047; vgl. auch die bei Patel et Boullé, Le retour au droit commun pour les nouvelles locations bourgeoises et professionnelles dans certaines villes et sous certaines conditions, Gaz.Pal.1961.2.Doctr. 60, gegebene Übersicht, wo Städte wie Reims, Montpellier, Nizza und Cannes aufgeführt sind, weiter die Ausführungen bei Maus-Daujat aaO.  
79) vgl. Fn. 73

bail qui régit ses rapports avec le propriétaire, mais la loi ..." (80)

Mit den einschlägigen Bestimmungen wird nicht nur in die Vertragsfreiheit eingegriffen und sozusagen ein Weiterbestehen des Vertrages von Gesetzes wegen fingiert, sondern die Macht des Eigentümers, über seine Sache zu "verfügen" (im nichttechnischen Sinn), d.h. durch Rechtsgeschäft das tatsächliche Verfahrensbelieben zu regeln, eingeschränkt und dem Mieter eine quasi-dingliche Rechtsstellung eingeräumt. Der Eigentümer kann zwar das Mietobjekt veräußern (wobei der Satz "Kauf bricht nicht Miete" auch im französischen Recht gilt, Art.1743 C.c.) oder belasten, in der rechtsgeschäftlichen Nutzungsüberlassung ist er aber beschränkt.

Gemäß Art. 4 des Code des loyers genießen "gutgläubige" Besitzer der in Art. 1 und 2 genannten Räumlichkeiten ipso jure und ohne Erfüllung irgendwelcher Formalitäten Räumungsschutz, unbeschadet allerdings des in Art.18 des Gesetzes gewährleisteten "droit de reprise" (81); das Mietverhältnis wird zu

-----

80) zit. nach Désiry, *Réflexions sur la nature juridique du droit au maintien dans les lieux* institué par la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948, D.1954. Chron. 163. Die Idee einer gesetzlichen Vertragsverlängerung taucht aber schon am Ende des 1. Abs. des Art.4 wieder auf, wo es heißt, daß der Räumungsaufschub gewährt wird "aux clauses et conditions du contrat primitif non contraires aux dispositions de la présente loi." Vgl. dazu auch Désiry, *Le code des loyers* (Loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948) après 4 années d'application, D.1953.Chron.1. Auch sonst ist die Unterscheidung im Gesetz nicht streng durchgeführt, vielmehr werden die Begriffe "locataire" und "occupant" oft ungeschiedslos durcheinander gebraucht. Désiry aaO. zieht daraus und aus der Diktion späterer Normen den Schluß, daß der "maintien dans les lieux" trotz der entgegenstehenden Absichten des Gesetzgebers doch nichts anderes ist als der "frère cadet de la prorogation".

81) vgl. dazu Fn. 88. Auf die Einzelheiten dieses Rechts soll nicht eingegangen werden. Vgl. die Art. 18 bis 25 Code des loyers und, für "locaux vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés" die - nach ganz h.M. durch den Code des loyers nicht aufgehobene - Ord. v.11.10.1945 "tendant à une meilleure utilisation des logements" (vgl. dazu unten Fn.89).

den Bedingungen des ursprünglichen Mietvertrags fortgesetzt, soweit sie nicht den gesetzlichen Bestimmungen widersprechen. Art.1 des Gesetzes erstreckt diesen Schutz auf alle "locaux d'habitation ou à usage professionnel" ohne handelsgewerblichen oder industriellen Charakter in Paris, im Departement Seine und im Umkreis von 50 Kilometern um die ehemaligen Befestigungsanlagen von Paris sowie generell in Ortschaften, die mehr als 4 000 Einwohner haben oder weniger als 5 Kilometer von Städten mit mindestens 10 000 Einwohnern entfernt sind oder deren Einwohnerzahl nach der letzten Volkszählung gegenüber der davorliegenden Zählung um mindestens 5% zugenommen hat oder die auf die vom Minister für Wiederaufbau und Städtebau erstellte Liste der zerstörten Ortschaften gesetzt sind.

Als begünstigter "gutgläubiger" Besitzer gilt jeder Mieter, Untermieter (82) oder sonstiger rechtmäßiger Inhaber der Mieträume, der seine Verpflichtungen erfüllt, (83) gleich, welche Dauer das Mietverhältnis hat (Art. 4 Abs.2 des Gesetzes), aber auch derjenige Familienangehörige des Eigentümers, zu dessen

-----

- 82) nicht in dem bei uns gebräuchlichen Sinn. Der Begriff "Sous-locataire" umfaßt auch Mieter, an die der ursprüngliche Mieter die ganze Wohnung weitervermietet hat. Für teilweise Weitervermietung (also Untermietverhältnisse im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs) gilt ebenso wie bei teilweiser Hauptvermietung die Sonderregel des Art. 4 Abs.4 i.d.F. des Gesetzes vom 4.8.1962: weder dem Eigentümer noch dem Hauptmieter gegenüber kann das Recht auf Räumungsschutz geltend gemacht werden, wenn die teilvermieteten Räume mit den übrigen ein untrennbares Ganzes bilden. Vor dem zuletzt zitierten Gesetz galt (nur für Untermietverhältnisse) die Regel, daß der Untermieter das Schutzrecht dem Eigentümer nur entgegensetzen kann, solange der Hauptmieter Räumungsschutz genießt (Art.4 Abs.3 Code des loyers i.d.F. des Dekrets vom 9.8.1953).
- 83) Dies ist - neben Nichtbezahlung des Mietzinses; Beschädigung des Mietobjektes u.s.w. - z.B. nicht mehr der Fall, wenn der Mieter die Wohnung als Call-girl-Zentrale benutzt und zu Zusammenkünften dieser Mädchen mit Männern zur Verfügung stellt; Entsch. Cass.soc. 29.11.1962, Gaz. Pal. 1963. Somm.2.

Gunsten dieser Eigenbedarf (droit de reprise) nach Art.18 des Code des loyers geltend gemacht hat (Art. 19 a.E., wo es heißt: "Le nouvel occupant aura le titre d'occupant de bonne foi"). Begünstigt sind weiter die Familienangehörigen oder sonst vom Mieter unterhaltene Personen, (84) sofern sie seit mehr als sechs Monaten gewöhnlich mit ihm zusammenleben und er selbst entweder gestorben ist oder die Wohnung verlassen hat (abandon de domicile) (Art.5 Abs.1). (85)

Die bisher sehr umstrittene Frage, wem das "droit au maintien dans les lieux" bei Trennung von Tisch und Bett oder bei Scheidung zustehen soll, ist durch das schon zitierte Dekret Nr.62 - 902 vom 4.8.1962 (86) eindeutig geregelt worden. Nach dem durch das Dekret neu eingefügten Abs. 2 des Art.5 Code des loyers entscheidet bei anhängigen Verfahren auf Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett das Prozeßgericht unter Berücksichtigung der damit verbundenen sozialen und familiären Interessen, wem der beiden Ehegatten das allfällige Räumungsschutzrecht zukommen soll. Ist der begünstigte Teil nicht derjenige, auf dessen Namen das Mietverhältnis lief, (87) so muß die Entscheidung dem Vermieter innerhalb einer Frist von 3 Monaten durch Einschreibbrief mitgeteilt werden.

-----

- 84) vgl. dazu Théry, Les "personnes à charge" et le droit de la famille, JCP 1948.I.739. Hierher gehört - und darin findet die Bestimmung ihren häufigsten Anwendungsfall - insbesondere auch die vom Mieter unterhaltene Konkubine, sofern sie wirklich "à charge" ist und nicht ausreichende persönliche Mittel besaß oder gar, wie in dem vom Trib.civ.Seine am 14.5.1956 entschiedenen Fall (D.1957.Somm.10), als verheiratete Frau gesetzlich vom Ehemann zu unterhalten war.
- 85) Einen den Räumungsschutz herbeiführenden "abandon de domicile" sieht die herrschende Rechtssprechung nur bei einem "départ brusque et imprévisible", sei er freiwillig oder unfreiwillig, als gegeben an, nicht bei einem geplanten Ortswechsel. Vgl. etwa Soc. 11.6.1954, D.1954.643; 23.2.1956, D.1956. Somm.119; 4.12.1958, D.1959.Somm.58.
- 86) vgl. Fn.76; zu dieser Frage Savatier, Le sort du local d'habitation loué par un époux d'après la loi du 4 août 1962, Gaz.Pal. 1962.2.Doctr.68 und Maus - Daujat D.1963, Lég. 129 (133).
- 87) das Gesetz sagt: "an nom duquel étaient délivrées les quittances".

Eine persönliche Ausnahme wurde zugunsten der ihrer Wohnung verlustig gegangenen Kriegs- oder Katastrophengeschädigten und Flüchtlinge geschaffen. Sie genießen gem. Art.6 des Code des loyers i.d.F. der Gesetze vom 14.4. und 16.7.1949 bis zur Wiederherstellung ihrer alten bzw. Beziehbarkeit einer neuen Wohnung auch in den Gemeinden, in denen ein Mieterschutz nicht besteht, die in Art. 4 gegebenen Rechte. Art.7 des Code des loyers i.d.F. der Ordonnance Nr. 58 - 1343 vom 27.12.1958 räumt auch in den Gemeinden ohne Mieterschutz dem von den Art. 161 und 181 Code de la famille et de l'aide sociale erfaßten Personenkreis (88) sowie denjenigen, denen der Vermieter einen unzulässig hohen Mietpreis aufgezwungen hat oder versucht hat aufzuzwingen, denselben ein.

Der Mieterschutz kommt unter den Voraussetzungen des Art.4 nach Art.8 des Code des loyers auch juristischen Personen "occupant des locaux à usage professionnel" sowie den nicht auf Gewinnerzielung gerichteten juristischen Personen (Idealvereine, Gewerkschaften) zu. Der Mieterschutz zugunsten letzterer weicht allerdings, anders als im Normalfall des Art.18 Code des loyers, selbst dann dem Eigenbedarf des Vermieters, wenn dieser dem Mieter keine andere gleichwertige Unterkunftsmöglichkeit zur Verfügung stellen kann.

Nach Art. 10 des Code des loyers wird das Mieterschutzrecht unter gewissen Voraussetzungen ausgeschlossen. Dazu gehören insbesondere die Fälle, daß jemand unnötigerweise mehrere Wohnungen besitzt (Art. 10 Nr.3), daß die Wohnung im Sinne des Art.327 Code de l'urbanisme et de l'habitation (89) nicht ausreichend

- 
- 88) Art. 161 i.V.m. Art.1 und 5 des Dekrets Nr. 61 - 498 vom 15.5.1961 und Art. 688 Code de la sécurité sociale: Einkünfte (einschließlich staatlicher Mietbeihilfen) unter einem gewissen Minimum; Art.181 = Kranke ohne eigene Einkünfte.
- 89) vgl. Fn. 33. Die Bestimmung verweist ihrerseits auf Art.4 des Dekrets Nr. 55-933 vom 11.7.1955 (D.1955.353). Danach sind nicht ausreichend belegte Wohnungen solche, die mehr bewohnbare Räume haben, als darin wohnende Personen, wobei für die ersten beiden Bewohner allerdings je ein Raum hinzukommt. Es zählen nur der Mieter und sein Ehegatte, deren

belegt ist. (Art.10 Nr.7; gilt grundsätzlich nur für Paris und 50-km-Umkreis sowie für Städte mit mindestens 10 000 Einwohnern) oder daß der Mieter Eigenbedarf an ihm gehörenden, aber vermieteten Räumen geltend machen könnte, soweit diese seinen Bedürfnissen entsprechen. (Art.10, Nr.9).

Der Räumungsschutz greift nicht durch, wenn der Eigentümer die Genehmigung des Bauministers zum Abbruch, Umbau oder Ausbau, die zu einer Vergrößerung der bewohnbaren Fläche und gleichzeitig der Anzahl der Wohnungen führt, erhalten hat und er diese Arbeiten durchführen lassen will. Allerdings muß diese Absicht 6 Monate vor Beginn der Arbeiten den Mietern angezeigt, die Arbeiten selbst spätestens 3 Monate nach Auszug des letzten Mieters in Angriff genommen werden. (Art.11 i.d.F. der schon zitierten Ordonnance Nr. 58-1343 vom 27.12.1958 (90) und 12 Code des loyers). Die in Anwendung dieser Vorschriften verdrängten Mieter haben, falls ihnen nicht den Voraussetzungen des Art. 18 Abs.1 entsprechende Räume (91) zur Verfügung gestellt wurden, ein Recht auf Wiederaufnahme in die aus- oder neugebauten Gebäude.

Eine Wohnraumbewirtschaftung in bei uns bekanntem Ausmaß hat Frankreich auch nach dem 2.Weltkrieg nicht gekannt und auch nicht nötig gehabt. Einen Schritt in dieser Richtung, der allerdings keine behördliche Eingriffskompetenz brachte, aber die Rechte des Eigentümers weiter beschränkte, machte Art.11 der

-----

Verwandte, von ihnen Unterhaltene, Hauspersonal und Untermieter. Vgl. dazu auch Patel, Modifications apportées à la législation des loyers d'habitation et professionnels, D.1960 Chron. 9 ff.(S.15).

90) Fußnote 78; zu der zit.Ordonnanz vgl. auch Esmein, Nouvelles modifications du régime des baux de locaux d'habitation, Gaz. Pal.1959. 1.Doctr.5.

91) d.h. Räume, die dem Mieter bei Geltendmachung von Eigenbedarf zur Verfügung gestellt werden müssen, also solche, die sich in gutem Wohnzustand befinden, normale oder zumindest den bisherigen Wohnräumen entsprechende hygienische Bedingungen aufweisen sowie den persönlichen oder familiären bzw. beruflichen Bedürfnissen und den (finanz - iellen) Möglichkeiten des Mieters entsprechen.

Ordonnanz Nr.45-2394 vom 11.10.1945 (92), der in Art.79 des Code des loyers übernommen wurde (93): wenn der Mieter die Wohnung mit einem anderen tauscht "en vue d'une meilleure utilisation familiale", so tritt jeder Tauschpartner auch gegen den Willen des Eigentümers ipso jure in die Rechtsstellung des anderen ein, unbeschadet allerdings des Rechts des Eigentümers, einem solchen Tausch aus schwerwiegenden und legitimen Gründen zu widersprechen. Der bisherige Mieter haftet dem alten Vermieter auf 5 Jahre für die Erfüllung der Vertragspflichten weiter, falls nicht mit dem neuen Mieter ein neuer Vertrag geschlossen wird, und jede Tauschpartei muß - bei Verlust des Rechtes auf "maintien dans les lieux" - mindestens 1 Jahr lang in der Tauschwohnung verbleiben. (Art.79 Abs.3 und 4 Code des loyers).

Zur Sicherung des Bestandes an Wohnungen brachte Art.21 der Ordonnanz vom 11.10.1945 in Art.21 das Verbot der Umwandlung von Wohnräumen in gewerbliche oder behördliche Räume in den Gemeinden, in denen ein Wohnungsamt besteht. In Art. 22 wurde ein Abbruchverbot aufgestellt. Von beiden Verboten konnten Befreiung erteilt werden.

Die erwähnte Ordonnanz vom 11.10.1945 brachte aber auch gewisse behördliche Eingriffsbefugnisse:

Zunächst bestimmte Art. 7, daß in den Gemeinden, in denen ein "service municipal du logement" gem. Art. 2 der Ordonnanz eingerichtet ist, (94) neue (95) Wohnungsvermietungen oder Weitervermietungen (sous - locations) nur an Personen erfolgen dürfen, die nach ihrer Erklärung eine ausreichende Belegung

- 
- 92) Ord. "instituant des mesures exceptionnelles et temporaires en vue de remédier à la crise du logement", J.O.19.10.1945, S.6646 = D.1945. Lég.229, mit Kommentar von Fréjaville.
  - 93) heute in der Fassung der bereits zitierten Ordonnanz Nr. 58-1343 v.27.12.1958 und des Gesetzes Nr.62-902 v.4.8.1962
  - 94) Dieser hat insbesondere die Aufgabe, alle Wohnungen zu registrieren, um nicht oder nicht ausreichend belegte Wohnungen festzustellen, Art.2 Abs.2 der Ord., heute Art. 326 Abs.2 Code de l'urbanisme et de l'habitation.
  - 95) d.h. nach Inkrafttreten der Ordonnanz vorgenommene.

gewährleisten. (96) Ist dies nicht der Fall, so kann nach Art.8 Abs.2 auf Antrag der erwähnten Wohnungsbehörde die gerichtliche Auflösung des Mietverhältnisses erklärt und die Zwangsräumung angeordnet werden. Diese Vorschriften sind fast wörtlich in die Art. 331 und 332 Code de l'urbanisme et de l'habitation übergegangen.

Als schärfstes Mittel gab Art. 24 der Ordonnanz dem Prä-fekten die Möglichkeit, im Wege der Requisition nicht oder nicht ausreichend belegte Wohnungen (wiederholbar) für 6 Monate ganz oder teilweise zu beschlagnahmen und sie Wohnungssuchenden des in Art. 28 bezeichneten Personenkreises (u.a. Diplomaten, gewisse Beamte, Kriegsfreiwillige und Kriegsgefangene, kinderreiche Familien) zuzuweisen. Den Inhabern nur unzureichend besetzter Wohnungen war allerdings Gelegenheit gegeben, innerhalb eines Monats nach der in solchen Fällen vorgeschriebenen Benachrichtigung durch das Wohnungsamt entweder die Wohnung ganz aufzugeben oder für eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende ausreichende Belegung mit Mietern aus dem in dem schon erwähnten Art. 28 bezeichneten Personenkreis zu sorgen.

Durch die Einführung dieser Vorschriften wurde die vorher bestehende unsichere Rechtslage bei behördlicher Inanspruchnahme von Wohnräumen beseitigt. Zwar wurden schon vor Inkrafttreten der Ordonnanz behördlicherseits Wohnraum zur Vergabe an Wohnungssuchende in Anspruch genommen, aber weder die Vor -

-----

- 96) Wann dies der Fall ist, bestimmt das auf Grund Art.3 der Ordonnanz ergangenes Dekret Nr. 45 - 2429 vom 11.10.1945, J.O. 19.10.1945, S. 6678 = D.1945. Lég. 239. Danach sind "vacants" Wohnungen, deren Mietvertrag abgelaufen und nicht verlängert oder aufgehoben ist oder wo die Zwangsräumung angeordnet ist, "inoccupés" solche, die seit min. 6 Monaten überhaupt nicht mehr oder nur ganz selten bewohnt wurden sowie Zweitwohnungen, "insuffisamment occupés" solche, bei denen die Anzahl der Haupträume größer ist als die Zahl der Bewohner, wobei für die beiden ersten Personen je ein Raum hinzugezählt wird. Vgl. zur heutigen Regelung (Art. 331 und 332 C. de l'urb. et de l'habit.) das D.Nr. 55 - 933 vom 11.7.1955, zit. in Fn. 86

schriften des Gesetzes vom 3.7.1877 (Art. 8 ff.) (97) über militärische Wohnrauminanspruchnahme noch die des Gesetzes v. 11.7.1938 (Art. 22 ff.) (98) gaben eine sichere Rechtsgrundlage dafür ab, da erstere nur für militärische Zwecke galten, letztere nur die Beschlagnahme des ganzen Objekts vorsahen und wohl auch nur für die Kriegszeit gedacht waren. (99)

Auch diese Vorschriften wurden fast wörtlich in den Code de l'urbanisme et de l'habitation übernommen (Art.342 ff.) und sind noch geltendes Recht, ihr Anwendungsgebiet wird allerdings immer weiter eingeschränkt. Auch ist der begünstigte Personenkreis anders abgesteckt: er umfasst gem. Art. 346 Wohnungslose oder unter offensichtlich unzureichenden Bedingungen untergebrachte Personen sowie solche, gegen die ein rechtskräftiges Räumungsurteil besteht.

b) In D e u t s c h l a n d verlief die Entwicklung in ähnlichen Bahnen.

1) Zur Zeit der Entstehung des BGB stand allerdings die Freiheit des Eigentums und sein Schutz nicht mehr in Frage. Die Verfassungen der Länder enthielten durchweg Eigentumsgarantien, allerdings häufig verknüpft mit Einschränkungen (100).

-----

97) Loi relative aux réquisitions militaires, J.O. 6.7.1877 = D.P. 1877.4.53

98) Loi sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre (J.O. 13.7.1939 = D.P. 1939.4.209). Nach diesem Gesetz und dem dazu ergangenen Ausführungsdekret vom 28. 11.1938 (D.P.1939.4.220) richtete sich für die Ord.vom 11.10.1945 das Verfahren. Heute sind für das Verfahren maßgeblich die Art. 10 ff. der bereits zitierten D.Nr.55-933 vom 11.7.1955

99) vgl. Fréjaville in der Kommentierung zur Ord.v.11.10.1945 aaO.

100) vgl. etwa § 8 der Bayer. Verfassungsurkunde vom 26.5.1818: "Der Staat gewährt jedem Einwohner Sicherheit seiner Person, seines Eigenthums und seiner Rechte"; Art.23 der Verfassung für das Großherzogtum Hessen v.17.12.1820: "Die Freiheit der Person und des Eigenthums ist keiner Beschränkung unterworfen, als welche Recht und Gesetz bestimmen"; § 164 des deutschen Verfassungsentwurfs vom 28.3.1849: "Das Eigenthum ist unverletzlich"; ebenso Art.9 der Verfassungsurkunde für die Preußischen Staaten v.31.1.1850.

Diese Garantie wurde durch die Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919 (Art.153 Abs.1 S.1) wiederholt, wenn es heißt: "Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet", es kommt aber von hier schon eine Einschränkung (S.2): "Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen". Das Bonner Grundgesetz hat diese Bestimmungen fast wörtlich in Art. 14 Abs.1 übernommen.

Im Gegensatz zur Entwicklung im französischen Recht tauchte aber in Deutschland schon Ende des vorigen Jahrhunderts die Idee der Sozialgebundenheit auf und bekam großen Einfluß. Hier war es vor allem auch Rudolf von Ihering mit seinem Werk "Der Zweck im Recht" (1877). Er stellt dem Individuum die Gesellschaft gegenüber und schreibt: "Es ist also nicht wahr, daß das Eigentum seiner "Idee" nach die absolute Verfügungsgewalt in sich schlosse. Ein Eigentum in solcher Gestalt kann die Gesellschaft nicht dulden und hat sie nie geduldet - die "Idee" des Eigentums kann nichts mit sich bringen, was mit der "Idee" der Gesellschaft in Widerspruch steht". (101) "Wohin es führen müßte, wenn der Eigenthümer sich auf sein Eigentum wie auf eine unzugängliche Burg zurückziehen könnte, wird nicht des Nachweises bedürfen". Die Absage an die Eigentumsidee der französischen Revolution - la propriété étant un droit inviolable et sacré - wird deutlich: "Der Grundsatz der Unauftastbarkeit des Eigentums heißt die Dahingabe der Gesellschaft an den Unverstand, Eigensinn und Trotz, an den schnödesten frevelhaftesten Egoismus des Einzelnen".

Wenn die deutsche Zivilrechtsdogmatik sich heute darüber einig ist, daß die Frage, "welches dingliche Recht als das umfassendste den Namen Eigentum verdient" immer nur "relativ zu einer geschichtlich gegebenen Rechts- und Gesellschaftsordnung zu beantworten" sei (102) und es daher nicht richtig ist, das

- 
- 101) v.Ihering aaO., Bd.I (1877), S.510f. Der Verfasser betont an dieser Stelle (S.511, Fußnote) seine Übereinstimmung mit dem Nationalökonom Adolph Wagner (Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre, Teil I, 1876, S.499ff.)
- 102) so Wolff-Raiser aaO. § 51 II,2 (S.174). Vgl. auch Westermann, aaO. S.112 ff.

Eigentum, wie es die Pandektisten des 19. Jh. - zum Teil in unrichtiger Interpretation der römischen Quellen - taten, (103) als "an sich schrankenloses Recht" zu qualifizieren, so geht diese Auffassung nicht zuletzt auf Iherings Werk zurück, wo die Lehre von der absoluten Verfügungsgewalt des Eigentümers als "ein letzter Rest jener ungesunden naturrechtlichen Vorstellung, welche das Individuum auf sich selber isolierte" und das Schlagwort von der "Heiligkeit des Eigentums" als Deckmantel für einen Eigentumsbegriff bezeichnet wurde, "welcher, wenn man ihn beim rechten Namen benennen will, die Unersättlichkeit des Egoismus ist." (104)

Ihering bekam in seiner zunächst alleinstehenden Vorstellung vom - um einen heute gängigen Ausdruck zu gebrauchen - "sozialpflichtigen" Eigentum bald Unterstützung von deutsch-rechtlicher Seite: Otto Gierke wandte sich schon 1888, also im Jahr der Veröffentlichung des 1. Entwurfs zum BGB, mit allem Nachdruck gegen die Absicht, in das neue Gesetzbuch die pandektistische Konzeption des Eigentums als absolutes, grundsätzlich unbeschränktem Recht aufzunehmen. (105) In einem am 5.4. 1889 vor der juristischen Gesellschaft Wien gehaltenen Vor-

-----  
103) vgl. die Nachweise bei Wolff-Raiser aaO. Fn. 14

104) v. Ihering aaO. S. 520. Der Verfasser hat am Durchbruch seiner Auffassung in der Zukunft nicht gezweifelt (vgl. S. 519: "... wird eine Zeit kommen, wo das Eigentum eine andere Gestalt an sich tragen wird"); v. Ihering hat jedoch das Privateigentum an sich nicht geleugnet (S. 519-520: Das Privateigentum und das Erbrecht werden meiner Ansicht nach stets bestehen bleiben). - Ein erstes Echo auf diese Ansichten v. Iherings durch Hartmann, Rechte an eigener Sache, Iherings Jahrb. 17 (1879), S. 125.

105) "Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht", zunächst veröffentlicht in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung (Jg. 12, Heft 3, S. 57 ff., Heft 4, S. 109 ff., Jg. 13, Heft 1, S. 183 ff. und Heft 2, S. 1 ff.), dann als Buch erschienen (2. Aufl. 1889). Zusammenfassung der Kritik in der amtl. Zusammenstellung der gutachtl. Äußerungen zum Entwurf eines BGB, Bd. III, S. 121; Zitate daraus bei Hedemann aaO. 1. Hälfte, S. 315 (verweist auf Gierkes Buch S. 101-103 und 323 f.).

trag mit dem Thema: "Die soziale Aufgabe des Privatrechts," (106) führt Gierke seine Gedanken aus: "In der Tat verknüpft schon unsere geltende Rechtsordnung auch mit dem stärksten und vollsten Recht, dem Eigenthum, eine Reihe von Pflichten. Dies sind aber keineswegs, wie es der romanistischen Denkweise vorkommt, einzelne Anomalien oder wohl gar Einstreuungen fremdartiger Bestandteile "polizeilicher" Herkunft in das Privatrecht. Vielmehr handelt es sich um Folgesätze aus einem obersten Prinzip, das weiterer Entwicklung fähig und gar sehr bedürftig ist." Das pflichtenlose Eigenthum hat keine Zukunft!" Gierke will beim Begriff des Eigentums also eine der germanischen Rechtsauffassung eigene "immanente Schranke" ("Kein Recht ohne Pflicht") aufgenommen wissen und so zu einer "neuen sozialen Eigentumsordnung" kommen, die sich abwendet vom "absolutistischen Begriff des Eigentums, wie er in unseren Pandektenlehrbüchern sich spreizt und vom deutschen Entwurf in die legale Formel gebracht wird: Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen" (107). Gierke stellt fest, daß besonders das Grundeigentum nach deutschrechtlicher Auffassung seinem Inhalt nach von vornherein beschränkter sei und sein

-----

106) Gedruckt 1889 in Berlin. Die folgenden Zitate S.17 ff, insbes. S.20

107) so § 848 des 1888 veröffentlichten 1. Entwurfs, (E I) wo allerdings hinzugefügt war: "soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind". Diese Definition ging über § 818 E II und § 888 der Bundesratsvorlage als § 903 in das BGB ein. Mag Gierke in manchen Dingen etwas über das Ziel hinausgeschossen sein, so hat er hier den Kern der Sache schon getroffen. Die Erwiderung Plancks ("Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich, AcP 75 (1889), S.327 ff, 397 f.) geht am Kern der Kritik Gierkes vorbei und zeigt deutlich die romanistische Haltung des BGB auf, wenn ausgeführt wird, daß die Richtigkeit der in § 848 E I aufgestellten Regel durch die Angriffe Gierkes garnicht berührt werde, weil doch durch den Zusatz "soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind", sogar ausdrücklich auf das Vorhandensein von Beschränkungen hingewiesen werde.

müsse als das Eigentum an Fahrnis und verlangt einen getrennten Eigentumsbegriff für beide.

Den Anregungen Iherings und Gierkes folgte der Gesetzgeber aber nicht, sondern auch in Deutschland bildete er unter dem Einfluß der Pandektisten das Eigentum als grundsätzlich unbeschränktes individualistisches Recht aus, wie es in der Vorschrift des § 903 BGB zum Ausdruck kommt; (108) die folgenden "Ausnahmen" sind meist kaum von Bedeutung und sprechen recht seltene Tatbestände an. Das Gesetz selbst schweigt, ebenso wie Art. 544 C.c., von der Beschränkung im Interesse des Gemeinwohls und von den öffentlichen Pflichten, die mit jeder Sachherrschaft verbunden sind. Heute ist allerdings, wie schon angedeutet, in Deutschland, im Unterschied zu Frankreich, vor allem auch im Hinblick auf die Verfassungsgebung die "Sozialpflichtigkeit" des Eigentums als "immanente Schranke" anerkannt. (109) Dem steht der Wortlaut des § 903 BGB auch nicht entgegen, da er, wie schon die Motive aussagen, (110) eigentlich keine Definition, sondern eine grobe Umschreibung seines Inhalts gibt, wobei die Herrschafts- und Ausschließungsbefugnis als "positiver" und "negativer" Kern unterschieden werden. Die juristische Bedeutung der in § 903 enthaltenen Aussage, daß die Einwirkungsbefugnis des Eigentümers grundsätzlich frei ist und Beschränkungen die Ausnahme darstellen, liegt heute praktisch nur noch auf prozeßrechtlichem Gebiet: die Freiheit des Eigentümers wird vermutet, Beschränkungen müssen bewiesen werden. (111)

-----

108) Vgl. dazu die Motive (2.Aufl.1896), Bd.III, zu § 848, wo es heißt: "Der Entwurf will weniger eine Definition (wie etwa Art. 544 C.c.) geben, als den wesentlichen Inhalt der dem Eigentümer zustehenden Rechte feststellen. Die positive Seite dieser Feststellung ist von geringerer Wichtigkeit, als deren negative Seite, nämlich daß die ausschließliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über die Sache so weit reicht, als nicht eine Beschränkung nachgewiesen wird".

109) vgl. dazu die Rechtspr. des Bundesverwaltungsgerichts BVerwGE 1, S.48, 92, 97, 165, 269, 303; 2, S.89, 295; Wolff-Raiser aaO. S.179 f.

110) s.Fußnote 97

111) Wolff - Raiser aaO. S.174/175.

Ähnlich wie in Frankreich ging auch die Rechtsentwicklung in Deutschland praktisch sowieso über den Begriff des "unbeschränkten Eigentums" hinweg; der Bereich der im "soweit" - Nebensatz des § 903 angesprochenen gesetzlichen Beschränkungen ist auch bei uns fast unübersichtlich geworden, vor allem, was das öffentliche Recht anlangt. In Deutschland ist allerdings gerade auch den aus dieser Richtung kommenden Beschränkungen in der Wesensgehaltsschranke des Art. 19, Abs.2 verfassungsrechtlich eine Grenze gesetzt. (112)

Wie in Frankreich, so bezogen sich auch in Deutschland die Beschränkungen praktisch nur auf das Eigentum an Immobilien, und auch Gründe wie Zielrichtung gleichen sich: öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Ordnung, kurzum das Gemeinwohl, daneben Schutz auch privater Interessen (Baurecht usw.) (113)

2) Anders als in Frankreich wurde aber in Deutschland oft weitgehend in die freie Verfügungsmacht eingegriffen. Ohne auf Einzelheiten eingehen zu wollen, seien hier die Beschränkungen im Grundstücksverkehrs- wie im Mietrecht, auf welchem Sektor der Hauselgentümer mit seinem Immobilienvermögen seit Jahrzehnten auch nicht mehr nach Belieben verfahren kann, aufgezeigt.

Das deutsche Recht hat hier in weitestem Umfang die behördliche Genehmigung als die Eigentümerfreiheit beschränkendes Lenkungsmittel gewählt, vor allem im Grundstücksverkehr.

aa) Hierbei läßt sich feststellen, daß seit jeher der ländliche Grundstücksverkehr in größerem Umfang an behördliche Genehmigungen gebunden war als dies bei anderem (städtischem) Grundbesitz der Fall war.

-----  
112) wobei allerdings umstritten ist, ob diese Norm allein der Inhaltsumschreibung und -begrenzung einen unantastbaren Eigentumskern vorenthält oder ob er auch die Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung ermöglicht oder sogar umreißt. Vgl. dazu Kaiser in Staat und Privateigentum (dem in Fn. 25 zitierten Werk), Teil Deutschland, S.40 mit der zit.Literatur und Rechtsprechung.

113) Vgl.dazu die Ausführungen bei Wolff-Raiser aaO.S.182 ff.

Die Entwicklung setzte ein in Baden, wo bereits am 5.7.1917 ein Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken erging. (114) Daneben bestanden in den preußischen Provinzen Schleswig-Holstein, Sachsen und Brandenburg sowie in den Ländern Bayern und Württemberg auf Grund des Gesetzes über den Belagerungszustand von 1871 erlassene Vorschriften der militärischen Oberbefehlshaber, die die Zerschlagung landwirtschaftlicher Betriebe und die Veräußerung landwirtschaftlichen Inventars verhindern sollten. Reichseinheitlich wurde die Materie erstmals, und zwar ziemlich umfassend, geregelt in der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15.3.1918, der sog. Bundesratsbekanntmachung. (115) Sie hatte ursprünglich die Gewährleistung möglichst großer Bodenerträge und vor allem die Verhinderung des Ankaufs landwirtschaftlicher Betriebe durch "Kriegsgewinnler" zum Ziel (116) und sollte auch nur bis zur Überwindung der kriegsbedingten Notlage in Kraft bleiben; (117) sie wurde aber bis zur ersetzenden sog. Grundstücksverkehrs-bekanntmachung vom 26.1.1937 (118) zunehmend als dauerndes Instrument der Bodenpolitik gebraucht, (119) ebenso wie

- 
- 114) nach Hedemann aaO. 1.Hälfte S.283.Vgl.zum folgenden die dortigen Ausführungen und vor allem Pikalo-Bendel, Grundstücksverkehrsgesetz, Berlin 1963, Einführung, S.1 ff.
  - 115) RGBl.S.123.§ 8 Abs.2 stellte die Einführung in das Ermessen der Landesregierungen, diese setzten aber alle Vorschriften in ihrem Bereich in Kraft. (Hervorzuheben das nicht nur wegen seines weiten Geltungsbereichs wichtige Preußische Grundstücksverkehrsgesetz vom 10.2.1923).
  - 116) vgl. die bei Hedemann aaO. in Fn. 38 wiedergegebenen Sätze aus der Begründung.
  - 117) was sich schon daraus ergibt, daß sie sich auf das Gesetz vom 4.8.1914 über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen während des Krieges stützt.
  - 118) RGBl.I S.35; dazu die 1.DVO zum Gesetz über die Sicherung der Reichsgrenze und über Vergeltungsmaßnahmen vom 17.8.1937, RGBl. I S.905. Wegen Einzelheiten vgl.den Kommentar von Hopp, Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, Berlin 1939.
  - 119) Einzelheiten dazu und zur Grundstücksverkehrs-bekanntmachung bei Pikalo - Bendel aaO.

die neuen Vorschriften der erwähnten Bekanntmachung, die allerdings eine wesentliche Verschärfung der Lenkung brachten und alle zur land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung nicht bloß bestimmten, sondern auch geeigneten Grundstücke umfaßte. Mit dem Inkrafttreten dieser Bestimmungen war die Freiheit des Bodenverkehrs in Deutschland praktisch beseitigt.

Neben diesen rein den Grundstücksverkehr regelnden Vorschriften wurden aber noch weitere Eingriffsnormen eingeführt, so insbesondere das Reichssiedlungsgesetz vom 11.8.1919, (120) von dessen Bestimmungen hier das in § 4 normierte gesetzliche Vorkaufsrecht der gemeinnützigen Siedlungsunternehmen sowie das zu ihren bzw. des früheren Eigentümers Gunsten in den §§ 20 und 21 aufgestellte gesetzliche Wiederkaufsrecht interessieren, und das grundsätzliche Verfügungsverbot des § 37 des Reichserbhofgesetzes vom 19.9.1933. Verwiesen sei außerdem auf die heute noch in Kraft befindlichen Bestimmungen des Reichsheimstättengesetzes vom 10.5.1920 i.d.F. vom 24.11.1937 (121), des Landarbeiterwohnrechts (122) oder des Entschuldungsabwicklungsrechts. (123) Auch die Reichspachtschutzordnung vom 30.7.1940, die auf die Bestimmungen der Bundesratsbekannt-

-----

- 120) RGBl. S.1429, geändert und ergänzt durch Gesetze vom 7.6.1923, RGBl. I S.364, vom 18.8.1923, RGBl. I S.805 und vom 8.7.1926, RGBl. I S.398. Heute i.d.F. des GrdstVG vom 28.7.1961, RGBl. I S.1091
- 121) Neufassung RGBl. 1937 I S.1289. § 9 RHG nomiert das Zustimmungserfordernis des Ausgebers der Heimstätte zur Veräußerung eines zu einer Heimstätte gehörenden Grundstücks oder eines Teils davon, die §§ 11, 14, 15 und 16 das Vorkaufsrecht des Ausgebers beim Verkauf der Heimstätte im ganzen. Diese Vorschriften gelten auch für nicht landwirtschaftliche Grundstücke.
- 122) S. die Verordnung zur beschleunigten Förderung des Baues von Heuerlings- und Werkwohnungen, sowie von Eigenheimen für ländliche Arbeiter und Handwerker vom 10.3.1937 (RGBl. I S.292) mit 3 Durchführungsverordnungen vom 7.4.1937 (RGBl. I S.605). - Eine gute Übersicht über diese und sonstige Beschränkungen gibt Haagele, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, 2.Aufl., Baden-Baden 1963; vgl. auch Pikalo aaO. S.76 ff.
- 123) Vgl. dazu die Ausführungen bei Haagele aaO. S.82 ff.

machung von 1918 und der Grundstücksverkehrsbekanntmachung von 1937 Bezug nahm und diese zusammenfaßte, brachte dadurch, daß sie alle Vereinbarungen, durch die ein Grundstück zur landwirtschaftlichen Nutzung oder der Genuß landwirtschaftlicher Erzeugnisse eines Grundstücks entgeltlich oder unentgeltlich überlassen wird, ihren lenkungsrechtlichen Vorschriften unterstellte, erhebliche Eingriffe in die Freiheit des Eigentümers und führte zu einer weitgehenden Lahmlegung des Pachtmarktes.

Nach 1945 wurde die - nunmehr nach Ländern aufgesplitterte - Lenkungspraxis immer strenger gehandhabt, wenn auch die materiellen Regeln überall ziemlich unverändert blieben. Dies mag einmal darauf zurückzuführen sein, daß der zunehmende Landmangel und die Ernährungswirtschaft eine strengere Handhabung der gesetzlichen Regeln forderten, zum andern wird aber dazu auch die Besetzung der vielfach zur Entscheidung berufenen Außenstellen der Landwirtschaftskammern oder Bauerngerichte mit Landwirten und die "Erfahrungstatsache, daß die mit der Anwendung einer Spezialmaterie betrauten Stellen dazu neigen, den Spezialcharakter in der Rechtsanwendung auszuweiten", sowie der Umstand, "daß es gerade deutscher Eigenart entspricht, materielle und formale Bestimmungen mit bemerkenswerter Gründlichkeit und Lenkungsfreudigkeit zu handhaben", (124) beigetragen haben. Eine einheitliche Regelung des landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrswesens brachte dann das Kontrollratsgesetz Nr.45 über Aufhebung der Erbhofgesetze und Einführung neuer Bestimmungen über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke vom 20.2.1947, (125) das das Reichsrecht, insbesondere auch die Grundstücksverkehrsbekanntmachung von 1937, außer Kraft setzte, dafür aber die Verfügung über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke weitgehend von der Genehmigung der zuständigen deutschen Behörden abhängig machte

-----  
124) so Pikalo - Bendel aaO. S.5.

125) Amtsblatt des Kontrollrats 1947, S.256, in Kraft getreten am 24.4.1947

(Art. IV bis VI). (126)

Heute ist das landwirtschaftliche Grundstücksverkehrsrecht hauptsächlich im Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz - GrdstVG) vom 28.7.1961 (127) geregelt. Es sieht als hier interessierenden wesentlichen Punkt eine Genehmigungspflicht für Grundstücksveräußerungen - nicht mehr Belastungen - vor. (128) Die übrige ältere Gesetzgebung besteht zum Teil weiter. (129) Das Pachtrecht hat seine Regelung im wesentlichen im Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen vom 25.6.1952 (130) gefunden; echte Verfügungsbeschränkungen sind in ihm allerdings nicht enthalten. Es besteht lediglich eine Anzeigepflicht, die zu Beanstandungen der Behörde mit der Wirkung führen kann, daß der Pachtvertrag aufgehoben wird. Daneben besteht für kurzfristige Pachtverträge ein gewisser Pachtschutz mit der Möglichkeit der behördlichen Vertragsverlängerung (131)

Die sonstigen, bisher noch nicht erwähnten Beschränkungen, etwa auf dem Gebiet der Bodenreform oder nach dem Flurbereinigungsgesetz, (132) sind teilweise außer Kraft gesetzt, teilweise so bedeutungslos, daß sie hier nicht behandelt werden

-----

126) Eine Zusammenstellung der z.T. ziemlich voneinander abweichenden zonen- und landesrechtlichen Durchführungsbestimmungen in § 39 GrdstVG v. 28.7.1961. Vgl. auch Pikalo aaO. S.73 ff., der auch eine zusammenfassende Darstellung der Rechtslage nach KRG Nr. 45 gibt.

127) BGBI. I S.1091

128) Wegen Einzelheiten vgl. Pikalo-Bendel aaO. und Haegele aaO. S.26 ff. - Bemerkenswerte Parallele zu der Entwicklung in Frankreich: ebenso wie dort durch die Neufassung der Art. 815 f., 832 ff. C.o. (vgl. oben Fußnote 37), so ist auch nach den Vorschriften des 2. Abschnitts GrdstVG die gerichtliche Zuweisung eines landwirtschaftlichen Betriebs an einen Miterben möglich.

129) Vgl. die Übersicht in dem zitierten Werk Haegeles.

130) sog. Landpachtgesetz (LPG), BGBI. I S.343

131) Einzelheiten etwa bei Pikalo aaO. S.88 ff. und Haegele aaO. S.105 ff.

132) nach diesem bestehen grundsätzlich keine Verkehrsbeschränkungen. Näheres bei Haegele aaO. S.100 ff.

sollen. (133)

bb) Von allgemeiner und größter Bedeutung sind aber die Grundstückverkehrsbeschränkungen des Bundesbaugesetzes vom 23.6.1960, (134) die für alle Grundstücke und Grundstücksteile sowie grundstücksgleiche Rechte (Erbbaurechte) gelten.

Durch die hierdurch eingeführten Vorschriften wurde das bisher geltende Wohnsiedlungsrecht (135) mit seinen in den behördlich erklärten "Wohnsiedlungsgebieten" geltenden Veräußerungs-, Nutzungs- und Teilungsbeschränkungen ersetzt und neue Regelungen eingeführt.

Zur Sicherung der Bauleitplanung bedarf nunmehr - eine bemerkenswerte Parallele zur französischen "lotissement"-Gesetzgebung (136)-jede Grundstücksteilung innerhalb des durch Bebauungsplan festzulegenden räumlichen Geltungsbereichs oder innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, für die ein derartiger Bebauungsplan nicht vorhanden ist (d.h. im sog. Innenbereich) zu ihrer Wirksamkeit einer behördlichen Genehmigung (§ 19 Abs.1 BBauG). Keiner Genehmigung bedürfen im angesprochenen Bereich die Veräußerung, Belastung (mit einem Erbbaurecht) oder die Gebrauchsüberlassung des ganzen Grundstücks.

Außerhalb der im Bebauungsplan bezeichneten Flächen und der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (im sog. Außenbereich) bedarf die Auflassung eines Grundstücks, wenn sie nach dem Inhalt des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts zum Zweck der Bebauung oder kleingärtnerischen Dauernutzung vorgenommen wird, ebenso der behördlichen Genehmigung wie die Bestellung eines Erbbaurechts oder die Teilung eines Grundstücks, wenn es bebaut, seine Bebauung genehmigt oder beabsichtigt ist

-----

133) Näheres bei Haagele aaO. 1. Teil, u. bei Pikalo aaO. S. 76 ff.

134) BGBl. I S. 341, heute i. d. F. des Gesetzes zur Änderung grundsteuerlicher Vorschriften vom 12.4.1961, BGBl. I S. 425

135) Wohnsiedlungsgesetz v. 22.9.1933 (RGBl. I S. 659) mit Ausführungsverordnung vom 25.2.1935 (RGBl. I S. 292), geändert durch Gesetz vom 27.9.1938 (RGBl. I S. 1246).

136) vgl. oben S.

(§ 19 Abs.2 BBauG). (137)

Daneben sind im BBauG noch umlegungsrechtliche Verkehrsbeschränkungen (§§ 45 bis 79) und Bestimmungen über das allgemeine (§ 24) und mögliche besondere Vorkaufsrechte (§§ 25 und 26) der Gemeinden enthalten. (138)

cc) Wie in Frankreich, so setzten auch in Deutschland, hervorgerufen durch die Kriegeereignisse, schon zu Beginn des 1. Weltkriegs Maßnahmen der Wohnungszwangsbewirtschaftung ein, wobei hier allerdings nur der Mieterschutz und die Wohnraumbewirtschaftung von Interesse sind, die Mietpreisbindung aber außer Betracht gelassen werden soll. (138a) Den ersten Schritt in Richtung auf einen Mieterschutz bedeutete - eine genaue Parallele zur französischen Entwicklung auf diesem Gebiet - die

-----

137) Näheres in den Kommentaren zum BBauG. Vgl. auch Eppig, Das Bundesbaugesetz in der notariellen Praxis, DNotZ 1960, S.509 ff.; Haegele aaO. S.128 ff.

138) Einzelheiten und Literaturhinweise bei Haegele aaO.S.145 ff. S.180 ff. Dort auch (in Teil 2) Angaben über sonstige, wegen ihrer relativ geringen Bedeutung im Text nicht aufgeführte Beschränkungen.

138a) Auch in Deutschland war und ist für die Grundstücksmiere die Rechtsnatur umstritten. Das BGB weist sie zwar dem Schuldrecht zu, verstärkt aber schon in seinen eigenen Vorschriften die Rechtstellung des besitzenden Mieters so, daß sie sich sehr einem dingl.Recht annähert (§ 571); das Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) und das Dauerwohnrecht (§ 31 ff.WEG) sind sogar als volle dingliche Rechte ausgestaltet worden. Erst recht kann die Ausgestaltung der Mieterschutzgesetzgebung zu dem Gedanken einer Verdinglichung des obligatorischen Mietrechts führen. So hat denn auch die Rechtslehre teilweise versucht, einen erweiterten Begriff des dinglichen Rechts auszubilden, der auch die Grundstücksmiere umfaßt (vgl. etwa Cosack-Mittels, Lehrbuch des dt.bürgerl.Rechts, 7./8.Aufl.1924, Bd.I § 197; Löning, Die Grundstücksmiere als dingliches Recht, 1930; Wieacker, Bodenrecht, 1938, S.261; Kühne, AcP 140, 15 ff.). Dagegen (de lege lata wohl auch mit Recht) die am System des BGB orientierte herrsch.Lehre. (Nachweise bei Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1958, § 126 I und § 133, Fn.1; vgl. auch die in Fn. 40 erwähnte Bespr. von Raiser); zurückhaltend auch Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S.20 ff. und 65 ff. Zum franz.Recht vgl.Fn.40

Bekanntmachung über die Folgen der nicht rechtzeitigen Zahlung einer Geldforderung vom 18.8.1914. (139) Weitere Ansätze eines besonderen Schutzes der Mieter brachte die Bekanntmachung, betreffend Einigungsämter, vom 15.12.1914; (140) diese Mieteinigungsämter sollten bei Räumungsstreitigkeiten zwischen Mieter und Vermieter vermitteln, später (mit der Bekanntmachung zum Schutz der Mieter vom 26.7.1913) (141) konnten sie, falls sie von den Landeszentralbehörden dazu ermächtigt waren, nach billigem Ermessen unanfechtbar eine vom Vermieter ausgesprochene Kündigung für unwirksam erklären und sogar einen vom Vermieter mit einem Dritten bereits abgeschlossenen Mietvertrag über die betreffende Wohnung aufheben. Zwischenzeitlich hatten verschiedene örtliche Militärbefehlshaber durch - in ihrer Rechtswirksamkeit allerdings angezweifelte - Verordnungen versucht, der Wohnungsnot durch Kündigungsverbote oder Genehmigungsvorbehalte einigermaßen Herr zu werden. Diese Rechtsvorschriften wurden in der Kriegs- und Nachkriegszeit weiter ausgebaut, durch das Mieterschutzgesetz vom 1.6.1923 (142) aber fast sämtlich aufgehoben. Dieses Gesetz brachte eine umfassende reichsrechtliche Neuregelung der Materie, die mit Abänderung in den Gebieten, in denen die Rückkehr zum freien Wohnungsmarkt noch nicht vollzogen ist (sog. schwarze Kreise) heute noch (143) gilt. In ihm wurde dem Vermieter das Recht, ein

-----

- 139) RGBl. S.377. § 1 gab dem Gericht die Möglichkeit, eine aus Zahlungsverzug beruhende Räumungspflicht als nicht eingetreten zu erklären. - Die folgenden Ausführungen schließen sich an die Darstellung der Entwicklung der Wohnungszwangswirtschaft im Kommentar von Holtgrave, Neues Miet- und Wohnrecht, Berlin und Frankfurt 1960, Einleitung S.71-121 an. Vgl. auch den Überblick bei Enneccerus-Lehmann aaO. § 126 II.
- 140) RGBl. S.511
- 141) sog. Mieterschutzverordnung, RGBl. S.659. Die darin für die Mieteinigungsämter vorgesehenen Befugnisse konnten nach der Bekanntmachung vom 15.9.1917 (RGBl. S.834) auch den Amtsgerichten übertragen werden.
- 142) Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter, RGBl. I S.353, Berichtigung S.618. Für die vorher eingeführten weiteren Regelungen vgl. Holtgrave aaO. S.72 u.73.
- 143) i.d.F. der Bekanntmachung vom 15.12.1942 (RGBl. I S.712)

Mietverhältnis über Gebäude und Gebäudeteile durch Kündigung aufzuheben, praktisch genommen; eine Aufhebung war nur noch im Klagewege zu erreichen. Ein dahingehendes Urteil durfte aber nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (erhebliche Belästigung, Vernachlässigung der nötigen Sorgfaltspflichten, Zahlungsverzug, Eigenbedarf des Vermieters, §§ 2 - 6 MSchG) ergehen, selbst dann aber griff ein weitgehender Räumungsschutz ein. (144) So war insbesondere die Zwangsvollstreckung aus dem Aufhebungsurteil nur bei Vorhandensein von Ersatzraum möglich.

Dieser weitgehende Mieterschutz, der von Anfang an als nur vorübergehende Maßnahme gedacht war, wurde mit der langsamen Normalisierung der Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt allmählich gelockert. Den ersten Schritt machte das Gesetz zur Abänderung des Mieterschutzgesetzes vom 29.6.1926 (145) Das Änderungsgesetz vom 13.2.1928 (146) gab dem Vermieter wieder die Möglichkeit, die Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung herbeizuführen; sie war bei Vorliegen der Mietaufhebungstatbestände der §§ 2 bis 4 MSchG zulässig. Für die Kündigung wurde ein besonderes, dem Mahnverfahren der §§ 688 ff ZPO nachgebildetes Verfahren geschaffen: das formgerecht abgefaßte und auf zulässige Gründe gestützte Kündigungsschreiben war beim Amtsgericht einzureichen und wurde dem Mieter von Amtswegen zugestellt. Erhob dieser nicht fristgerecht Widerspruch, so konnte der Vermieter innerhalb einer bestimmten Frist einen Räumungsbefehl beantragen, der einem „Versäumnisurteil“ gleichgestellt war. Der Mieter konnte aber weiter Räumungsfristen und Räumungsschutz beantragen.

Bis zum Jahre 1936 wurde der Mieterschutz dann weiter gelockert; insbesondere wurden neu abgeschlossene Mietverhältnisse und solche über teure Wohnungen nicht mehr vom Mieter-

144) wegen Einzelheiten vgl. Holtgrave aaO.; Roquette, Kommentar zum Mieterschutzgesetz, München-Berlin 1956-1960; Bettermann, Kommentar zum MSchG, Tübingen 1950

145) RGBL. I.S. 317; das MSchG wurde in der geänderten Form neu bekanntgemacht am 30.6.1926, RGBL. I.S. 347. Einzelheiten hierzu wie zu den folgenden Gesetzen bei Holtgrave aaO. S. 81 ff.

146) Gesetz zur Änderung des Mieterschutzgesetzes, RGBL. I, S. 17

schutz erfaßt.

Eine Wende in dieser Entwicklung brachte das Gesetz zur Änderung des Reichsmietengesetzes und des Mieterschutzgesetzes vom 18.4.1936 (147) Hierdurch wurden neue Mietverhältnisse wieder in den Mieterschutz mit einbezogen. Besonders weit ausgedehnt wurde dieser durch die erste Verordnung zur Ausführung der Verordnung über Kündigungsschutz für Miet- und Fachräume vom 4.12.1937: (148) sie brachte Mieterschutz auch für teure Wohnungen, Neubauten usw.

Im Kriege wurde die Mieterschutzgesetzgebung immer öfter geändert. Im Anschluß an die Sechste Verordnung zur Ausführung der Verordnung über Kündigungsschutz für Miet- und Fachräume vom 15.12.1942 (149) wurde dann das Mieterschutzgesetz unter Berücksichtigung sämtlicher Änderungen neu bekanntgemacht, dabei das erwähnte besonders ausgestaltete Kündigungsverfahren abgeschafft. In dieser Fassung gilt mit insgesamt 12 Änderungen, die ab dem Ersten Wohnungsbaugesetz vom 24.4.1950 (150) wieder auf eine langsame Lockerung des Mieterschutzes hinauslaufen und mit dem Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23.6.1960 (151) einen gewissen Abschluß mit Überführung auch des Wohnungsmarktes in das System der freien, aber sozialgebundenen Marktwirtschaft brachten, (152) das Mieterschutzgesetz heute mit im wesentlichen dem gleichen Inhalt wie in der Urfassung.

Auch die Wohnraumbewirtschaftung, ein in Frankreich unbekannter Begriff, die dem Hauseigentümer praktisch jegliche "Verfüugungsmacht" über die ihm gehörigen Räume entzog und nicht

---

147) RGBl. I

148) RGBl. I S.1325; Einzelheiten bei Holtgrave aaO.

149) RGBl. I S. 709

150) BGBl. I S. 83

151) BGBl. I S.389

152) also zu den, jetzt unter sozialen Gesichtspunkten ausgestalteten, Regeln des BGB. Vgl. die Neufassung der §§ 533 ff. BGB, die allerdings erst stufenweise in Kraft treten, vgl. § 54 MSchG.

nur einen bestimmten, vorher frei gewählten Mieter weiterhin aufdrängte, setzte im 1. Weltkrieg ein. Nach dem Versuch militärischer Stellen, dem Wohnungsmangel durch Zuzugs- oder Umzugsverbote zu begegnen, griff der Reichsgesetzgeber mit der Bekanntmachung über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel vom 23.9. 1918 (153) ein. Auf Grund dieser Vorschriften konnten die Landeszentralbehörden die Wohnungsbehörden in Gemeinden mit besonders starkem Wohnungsmangel ermächtigen, dem Verfügungsberechtigten für unbenutzten Wohnraum oder zu Wohnzwecken geeigneten Raum einen Wohnungssuchenden zuzuweisen und notfalls vom Einigungsamt einen Zwangsmietvertrag festsetzen zu lassen, unbenutzte sonstige Räume zum Umbau in Wohnraum heranzuziehen und den Abbruch von Gebäuden und die Zweckentfremdung zu untersagen. Nach Ergänzung und Erweiterung dieser Vorschriften brachte die Neubekanntmachung derselben als "Wohnungsmangelgesetz" vom 26.7.1923 (155) eine leichte Lockerung der Wohnraumbewirtschaftung, insbesondere durch die Herausnahme von freifinanzierten Neu-, Um- oder Ausbauten und die Möglichkeit, einen aus der Reihe der in der amtlichen Liste eingetragenen, aber sonst nach Belieben ausgewählten Mieter aufzunehmen. In den Jahren 1926 - 1931 (156) wurde die Wohnraumbewirtschaftung weiter gelockert, um dann aber ab dem Gesetz zur Änderung des Reichsmietengesetzes und des Mieterschutzgesetzes (157) langsam, aber sicher wieder strengere Formen anzunehmen und in der Kriegszeit ziemlich schnell weiter auszudehnen, wobei vor allem allerdings kinderreiche Familien, Kriegsversehrte und ähnliche Personen begünstigt werden sollten. Mit dem Kontrollrats-Gesetz Nr.18 vom 8.3.1946 (158) wurde schließlich eine lückenlose Wohnraumbewirtschaftung eingeführt, die die deutschen Behörden in die Lage versetzen sollte, durch Zuweisung Wohnungssuchender notfalls durch Abschluß von Zwangsmietverträgen der

-----

153) Sog. Wohnungsmangelverordnung, RGBL. S.1143

154) vgl. dazu Holtgrave aaO. S.79/80

155) RGBL. I S.751

156) Einzelheiten bei Holtgrave aaO.

157) RGBL. I S.371

158) sog. Wohnungsgesetz, ABLKR S.117

katastrophalen Wohnungsnot zu steuern. (159)

Einen ersten Schritt in Richtung auf eine Lockerung brachte das erste Wohnungsbaugesetz vom 24.3.1950, (160) das durch die Freistellung von nach dem 31.12.1949 bezugsfertig gewordenen Wohnraum von der Wohnraumbewirtschaftung einen Anreiz zum Wohnungsbau geben sollte. Das Gesetz Nr. A-51 der Alliierten Höheren Kommission (161) setzte mit Wirkung vom 1.7.1953 das KRG Nr.18 außer Kraft: an seine Stelle trat, mit weiteren Lockerungsvorschriften, das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz vom 31.3.1953 (162)

Nach Änderungen des Gesetzes, insbesondere durch das 1.Bundesmietengesetz vom 27.7.1955 (163) und das Zweite Wohnungsbaugesetz vom 27.6.1956, (164) werden durch Art.II des schon zitierten Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht auch diese Beschränkungen stufenweise abgebaut und auch insoweit wieder auf das - geänderte, "sozialisierte" - gemeine Recht des BGB zurückgegriffen.

### III) Neue Konzeptionen.

Die Betrachtung der oben angedeuteten Entwicklungen zeigt, daß sowohl im französischen wie im deutschen Recht - in oft überraschender sachlicher wie zeitmäßiger Parallele, z.B. auf dem Gebiet des Landwirtschafts- und Mietrechts - die Tendenz auf eine weitgehende, teilweise schon vom Begriff selbst her entwickelte, vor allem aber durch von außen herangetragene Beschränkungen erzwungene "Sozialisierung", eine "Sozialpflichtigkeit" des Eigentums geht, ohne daß in Frankreich dieser As-

159) Näheres bei Holtgrave aaO. S.99

160) BGBl. S.83

161) ABLAHK S.2494

162) BGBl. I S.97, vgl. dazu den Kommentar von Roquette, WBewG, Tübingen 1953; Kiefersauer-Glaser-Brumby, Grundstücksmiets, 9.Aufl. Berlin 1962.

163) BGBl. I S.458

164) BGBl. I S.523

pekt besonders herausgestellt oder mit ähnlichen Schlagworten besonders bezeichnet würde. Der Begriff des Eigentums kann also in beiden Rechtsordnungen nicht allein den gesetzlichen Vorschriften des C.c. und BGB, die von einer ganz anderen Geisteshaltung beeinflusst waren, entnommen werden. Vielmehr kann man seinen heutigen Inhalt nur dann begreifen, wenn sowohl die Entwicklung der Rechtsprechung als auch, und vor allem, die umfangreiche öffentlich-rechtliche Gesetzgebung voll mit in die Betrachtung einbezogen werden. "Kennzeichnend ist, daß dem Grundsatz der Freiheit des Eigentums, auf dem (neben Vertrags- und Gewerbefreiheit) die Wirtschaftsverfassung des ganzen 19. Jahrhunderts beruht hatte, der Grundsatz der sozialen Bindung aller Sachherrschaftsrechte gleichberechtigt gegenübertrat." (165)

Dieser Vorgang setzte in beiden Ländern richtig erst mit dem 1. Weltkrieg ein. Er führte - von schon vorher auftauchenden vereinzelten, aber sehr bedeutsamen Erscheinungen wie Josserand (166) in Frankreich und v. Jhering in Deutschland abgesehen - auch überall zu dogmatischem Neudurchdenken gerade auch des Eigentumsbegriffs.

In Frankreich lassen sich im wesentlichen drei verschiedene, von der klassischen, aber den neuen Verhältnissen angepassten Lehre abweichende Theorien feststellen, nämlich die von Duguit, die von Josserand und eine aus der katholischen Soziallehre entsprungene Lehre, die u.a. von Paul Coste-Floret, Renard et Troabas, Mounier und Kardinal Verdier vertreten werden. (167)

-----  
165) Wolff-Raiser aaO. S.5

166) Josserand hat seine Gedanken allerdings erst später richtig ausgebaut und vor allem in der 2. Auflage seines grundlegenden Werkes "De l'esprit des droits et de leur relativité", 1939, S.14 ff., dargelegt; vgl. auch seinen Artikel "Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau" in Festschrift Sugiyama 1940.

167) Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon; Josserand aaO.; Coste-Floret, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil, thèse Montpellier 1935; Renard et Troabas, La fonction sociale de la propriété

Eine Auseinandersetzung mit diesen Konzeptionen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es soll bei einer kurzen, zusammenfassenden Darstellung und der Wiedergabe der Stellungnahme der herrschenden Lehre verbleiben.

Die Theorie Duguits steht der individualistischen Konzeption des Eigentums diametral entgegen: la propriété est une fonction sociale du détenteur de la richesse. Die Rechtsordnung gibt dem Individuum die Möglichkeit der Sachherrschaft, diese Möglichkeit ist aber den Interessen der Rechtsgemeinschaft untergeordnet, und sie wird dem Individuum entzogen, wenn es gegen diese Interessen handelt. Duguit führt als Beleg für die Richtigkeit seiner Theorie zwei Beispiele an: einmal die Gesetzgebung, die die Beschlagnahme brachliegenden Ackerlandes vorsieht, zum anderen die Mietgesetzgebung. "Ces lois montrent que du moment où le propriétaire terrien cesse de remplir sa fonction sociale, la collectivité est naturellement amenée à intervenir pour assurer une exploitation indispensable à la vie sociale". (168) Auch die Einschränkungen der Mietgesetzgebung erscheinen nicht als solche "si l'on comprend que le propriétaire urbain est non pas investi d'un droit intangible et discrétionnaire, mais chargé de remplir une fonction sociale indispensable que le législateur dans certaines circonstances a le droit et le devoir de régler; si l'on comprend que les baux à loyers ne sont pas de simples contrats de droit privé, mais qu'ils forment dans leur ensemble un véritable système légal, un système de droit

-----  
privé; Mounier, De la propriété capitaliste à la propriété humaine; Verdier, Problèmes sociaux, réponses chrétiennes, alle zitiert nach Morin, La révolte du droit contre le code, Paris 1944, S.94 ff. Dort sind die drei Theorien auch analysiert und eine eigene, an die klassische Lehre anschließende und die heutige Auffassung vom Eigentum bestimmende Konzeption entwickelt. Analyse der Lehren von Duguit und Josserand auch bei Morin in der Festschrift Ripert (s.Fn.22)

168) zit. nach Morin, La révolte du droit contre le code, S.95.

objectif, qu'ils sont le support d'un service d'utilité publique sinon d'un véritable service public dans lequel le législateur a le droit et le devoir d'intervenir si les circonstances l'exigent". (169) Duguit hat damit manche Gemein-samkeiten mit der von Ihering in seinem "Zweck im Recht" dar-gelegten Auffassung.

Die Lehre Josserands versucht die individualistische Konzep-tion des Eigentumsbegriffs des Code civil durch die Konzeption des "abus de droit" abzumildern.

Dabei ist unter "abus de droit" alles einzubegreifen, was über die "fonction sociale" des betreffenden Rechts hinaus-geht. "L'abus de droit, c'est le détournement du droit dans sa fonction sociale (critère fonctionnel ou finaliste), de son esprit". (170) Damit knüpft Josserand (bewußt) an Iherings "Zweck im Recht" und Duguit's "droit - fonction" an; er kommt so zu einer finalistischen Konzeption der subjektiven Rechte und zu einer Relativierung aller Rechtspositionen, zu einer "finalité des droits, de leur relativité en considér-ation et en fonction de leur but". (171) Josserand unterscheidet bei der Bestimmung, ob "abus" vorliegt, vorweg allerdings drei Rechtskategorien: die "droits non causés", deren Ausübung vom Inhalt her nie mißbräuchlich, d.h. über die Funktion hinaus-gehend sein kann, etwa das Recht auf Auseinandersetzung in der Erbengemeinschaft, weiter die "droits à fonction altruiste", deren Zweck der Schutz Dritter ist (väterliche Gewalt), und schließlich die "droits à fonction égoïste", deren Zweck der persönliche Nutzen des Rechtsinhaber ist, wie das Eigentum.

Wird das Eigentumsrecht entgegen seiner wirtschaftlichen Funktion (der Vermieter weigert sich grundlos zur Fortsetzung des Mietverhältnisses) oder gar entgegen den eigenen Inter-essen des Rechtsinhabers (der Eigentümer läßt sein Land un-

-----  
169) s. Fn. 168

170) Vgl. die Abschnittsüberschrift bei Josserand aaO.S.368.

171) aaO. S.369.

bebaut liegen oder vermietet ein leerstehendes Haus nicht) ausgeübt, so liegt "Rechtsmißbrauch" vor, denn "si la société reconnaît de telles prérogatives au propriétaire, ce n'est pas, en fin de compte, pour son être agréable, mais bien pour assurer sa propre conservation; comme la nature elle-même, et suivant la remarque profonde de Ihering, elle rattache ainsi son propre but à l'intérêt d'autrui". (172)

Für die oben erwähnten, von der katholischen Soziallehre herkommenden Juristen läßt sich die christliche Konzeption etwa auf die Formel bringen: das Eigentum ist zwar keine "fonction sociale", sein wesentliches Merkmal ist aber die "fonction sociale". (173) Vor allem Renard hat dies besonders betont, und er nähert sich damit auffallend der Lehre von Duguit. (174) Diese Theorie behauptet, zumindest für das über das für eine angemessene Existenz Notwendige hinausgehende Vermögen, eine Rechtspflicht, das Eigentum im Interesse des Gemeinwohls zu verwenden.

Die herrschende Lehre in Frankreich und erst recht die Praxis lehnen die Übernahme aller dieser Konzeptionen ab. Gegen die Theorie von Duguit wird - mit Recht - vorgetragen, daß das Eigentum trotz aller von außen kommenden Beschränkungen dem Rechtsinhaber ein gewisses Maß an Autonomie beläßt und, jedenfalls de lege lata, für ihn ein Recht bleibt. Ähnliches ist gegen die Grundlagen der Lehre Jossierands anzuführen: will man in den Begriff des subjektiven Rechts die Idee des "droit-fonction" aufnehmen, so bringt man damit einen inneren Widerspruch in diese Konzeption: das subjektive Recht gibt dem Inhaber vom Begriff her eine gewisse Freiheit und Macht, während der Begriff der "fonction" eine Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit oder bestimmten Dritten in

---

172) Jossierand aaO. S.369. Er näherte sich mit dieser Auffassung, wie er selbst schreibt, der des sowjetrussischen Zivilgesetzbuchs, wo es heißt: "Die zivilen Rechte werden durch das Gesetz geschützt, ausgenommen in dem Fall, wo sie gegen ihre wirtschaftliche und soziale Zweckbestimmung ausgeübt werden".

173) Vgl. die Analyse bei Morin aaO.

174) So schreibt Ripert, Le régime démocratique et le droit

sich schließt. Die Zusammenfassung beider Begriffe in einem ist logisch also ausgeschlossen; allenfalls könnte und müste auch der Begriff (subjektives) "Recht" anders gefasst werden. Will man aber, wie Josserand, die klassische Auffassung vom subjektiven Recht bestehen lassen, so muß die Vorstellung von einem "droit-fonction" aufgegeben werden.

Der - wohl überspitzte - katholisch-soziale Eigentumsbegriff findet in der kirchlichen Soziallehre in der dargelegten Form keinen Rückhalt. Zwar wird von der christlichen Sozialethik (175) betont, daß das Eigentum neben einem individuellen auch einen sozialen Aspekt besitze und daß daher der Eigentümer sich bei der Ausübung seiner Rechte am gemeinen Wohl auszurichten habe, diese Pflicht ist aber, soweit nicht der Staat gewisse einzelne Ausschnitte davon zur Rechtspflicht umformt, eine rein ethische. Dieser Gedanke hat in der französischen Lehre in gewissem Umfang auch Eingang gefunden, die herrschende Lehre kommt aber, wie in Deutschland, zu einer begrifflichen Begrenzung des Eigentums dadurch, daß sie das Eigentum eben nicht als ein an sich schrankenloses Recht auffasst, sondern nur in dem Rahmen zuläßt, den die Rechtsordnung absteckt, insbesondere durch Gewährung gewisser, das Eigentum notwendigerweise einschränkender Rechte an Dritte und durch staatliche Regelungsnormen. (176)

In Deutschland hat vor allem Wieacker mit seinem "Bodenrecht" (177) den Versuch unternommen, den Inhalt des Grundeigentums neu zu umreißen. Mögen auch seine Ausführungen durch Gesetze und Anschauungen des damaligen Regimes mitbeeinflusst sein und häufig über das Ziel hinausschießen, so sind seine

-----  
civil moderne, S.240: "Dans les ouvrages de M.Renard, l'on sent une imitation chrétienne des idées de Duguit". (zit.nach Morin aaO. S.98)

175) vgl. die Enzyklika "Quadragesimo Anno" Papst Pius' XI.

176) vgl. Morin aaO. S.107 ff.; ders. in Festschrift Ripert aaO.; Ripert et Boulanger aaO. Bd.I Nr. 487 f.

177) Hamburg 1936. Vgl. auch vom selben Autor: Wandlungen der Eigentumsverfassung, Hamburg 1935, bes. S.59 ff.

Gedanken, die auf eine Neuordnung dieser Materie abzielen, auch heute noch beachtlich, teilweise - vor allem hinsichtlich der "Gemeinpflichtigkeit" gerade des Grundeigentums - auch durchweg anerkannt, wenn auch von einem anderen Ausgangspunkt her, nämlich der christlichen Sozialethik, (178) und mit anderen Momenten begründet.

In den Ausführungen Wieackers zeigen sich gewisse Berührungspunkte mit der Theorie Duguits vom Eigentum als "fonction sociale", wenn er hinsichtlich des Berechtigungsinhalts des Grundeigentums schreibt: "Die aus dem Grundeigentum fließenden Befugnisse sind vor allem durch die konkrete Bodennutzung derart bestimmt, daß sie über die dem Sondereigentum im Bodenraum zugewiesenen Funktionen niemals hinausgehen können". (179) "Die Befugnisse können nur durch den funktionellen Inhalt der jeweiligen Sondernutzung umschrieben werden." (180) Ein einheitlicher Eigentumsbegriff, der Fahrnis und alle Arten von Eigentum an Grund und Boden umfaßt, existiert somit nicht. Trotzdem will auch Wieacker dem Eigentum nicht seinen Charakter als Recht entziehen, sondern nur einschränken. "Die positive Befugnis, 'nach Belieben zu verfahren', hat daher die eingeschränkte Bedeutung, daß der Eigentümer zur vollsten Bodennutzung befugt ist, die im einzelnen möglich ist. Die Hervorhebung dieser positiven Befugnis, der ein Abwehranspruch gegen einen Dritten nicht entspricht, ist gleichwohl nicht sinnlos; sie kennzeichnet eine dadurch gedeckte Handlung des Eigentümers ausdrücklich als rechtmäßig; Notwehr gegen einen nach § 903 zulässigen Eigentumsgebrauch ist unzulässig". "Die negative Befugnis 'andere von jeder Einwirkung auszuschließen' ist gleichfalls aus dem Begriff des dinglichen Rechts entwickelt, in dem die Ausschließung Dritter von der Sachherrschaft enthalten ist; sie zielt in Wahrheit auf den

-----

178) Auf diese geht wohl die Formulierung des Art. 14 I GG zurück.

179) aaO.S. 49

180) aaO.S. 50

privatrechtlichen Friedensschutz des Eigentums gegen Störung und Entziehung. Entgegen § 903 BGB ist die Abwehrbefugnis nicht nur durch (subjektive) Rechte Dritter (z.B. das Besitzrecht des Mieters, § 986 Abs.1 BGB), sondern schon durch die Rechtsmäßigkeit der Dritteinwirkung beschränkt". (181)

Die heute herrschende Auffassung betrachtet diese Vorstellungen und Gedanken Wieackers im Ganzen als vom geltenden Recht zu weit abgehend und lehnt sie daher - im Hinblick auf die Eigentumsverfassung des Grundgesetzes, das die Freiheit des Eigentümers wieder mehr betont hat und nach den zum Teil eingetretenen Mißbräuchen der Vergangenheit auch betonen mußte, wohl mit Recht - ab.'

#### IV) U m f a n g   d e s   I m m o b i l i a r e i g e n t u m s

Art. 517 C.c. unterscheidet drei Kategorien von Immobilien: immeubles par nature, immeubles par destination, immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Für die Frage danach, worauf sich das Immobiliareigentum erstreckt, ist die letzte Kategorie allerdings auszuschneiden: hier handelt es sich in Wirklichkeit um die Abgrenzung der dinglichen Rechte von dem obligatorischen, wie schon der einschlägige Art.526 C.c. erweist, der lautet:

"Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent: l'usufruit des choses immobilières; (182) les servitudes ou services fonciers; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble". Letzteres ist an sich nur ein Ausfluß des Eigentums; (183) damit wird aber das Immobiliareigentum

181) Wieacker aaO. S.51 f. Seine Ansichten haben einen gewissen Anklang gefunden etwa bei Nikisch, Bodenrecht, Leipzig 1949.

182) Der Nießbrauch kann daher in Frankreich - anders als nach BGB - mit einer Hypothek belastet werden. (vgl. Art.2118, Nr.2 C.c.)

183) Die Klage ist sozus. das geltendgemachte Recht. Die Vorschrift, die eine mißglückte Wiedergabe der Maxime "actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis" ist, besagt insoweit nichts. Wie die zit. Maxime

selbst als "immeuble par l'objet auquel il s'applique" eingestuft, ein Vorgang, der überflüssig erscheint, da der betroffene Gegenstand selbst schon als "immeuble par nature" eingeordnet ist. (184) Es zeigt sich auch hier die sprachliche Gleichsetzung von Recht und Rechtsgegenstand beim Eigentum (185)

Neben den in Art. 526 angesprochenen Grunddienstbarkeiten sind noch das an sich zur Kategorie der persönlichen Dienstbarkeiten zu rechnende Nutzungsrecht (droit d'usage) und das Wohnrecht (droit d'habitation) zu berücksichtigen; da sie nur an Grundstücken bestellt werden können, hat sie Art. 526 wohl nicht eigens erwähnt. Gleiches gilt für die im Code rural geregelte Emphyteuse.

Über die Umgrenzung des Art. 526, der nur die beiden hauptsächlichsten "Abspaltungen" des Eigentums umfaßt, hinaus hat man auch das Recht, für dessen Erfüllung ein Grundstück haftet, nämlich die Hypothek, als "unbewegliches" Recht eingestuft, ist sich aber dabei der abweichenden dogmatischen Konzeption des Rechtes bewußt.

Hinsichtlich der beiden für die Abgrenzung Fahrnis - Liegenschaft allein bedeutsamen Kategorien bestehen zum Rechtszustand nach dem BGB keine praktisch wesentlichen Unterschiede. Wenn auch das BGB selbst keine Definition des Grundstücks gibt, so unterscheidet es dasselbe in seinen Regeln klar von beweglichen Sachen (vgl. insbes. auch § 94 BGB). Soweit letztere wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind, bilden sie mit diesem

-----  
umfaßt sie aber auch die Klagen, die nicht aus der dinglichen Rechtstellung entspringen, aber auf Vernichtung eines dinglich wirksamen Rechtsvorgangs gehen, mit denen der Kläger die davon betroffene Sache wiedererhalten will. Dies sind etwa die action en résolution wegen Nichtzahlung des Kaufpreises oder die action en nullité wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder Willensmangel. Handelt es sich beim Objekt des Geschäfts um ein Grundstück, so ist es eine dingliche Klage, und nur das wollte der Gesetzgeber in Art. 526 C.c. ausdrücken. Vgl. Ripert-Boulanger aaO. Bd. II, Nr. 2188.

184) vgl. Ripert-Boulanger aaO. Bd. I Nr. 516 ff. und Bd. II Nr. 2154 ff.

185) vgl. Ripert-Boulanger Bd. II, Nr. 2227.

rechtlich eine Einheit (§ 93 BGB). Dazu gehören beim Grundstück insbesondere auch die auf ihm erstellten Gebäude und die Grunderzeugnisse, solange sie mit dem Boden zusammenhängen (§ 94 BGB). Ebenso gelten mit dem Eigentum am Grundstück verbundene Rechte, etwa Grunddienstbarkeiten, als Bestandteile des Grundstücks (§ 96 BGB). In gewissen Fällen werden auch bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen, also Zubehörteile (§ 97 BGB), in diese Rechtseinheit mit einbezogen, so etwa als Mithaftungsgrundlage für eine Hypothek (§ 1120 BGB).

Den Grundstücken im allgemeinen gleichbehandelt wird das Erbbaurecht, § 11 ErbbauVO (früher § 1017 BGB).

Der Code civil bezeichnet sowohl Grundstücke selbst (Art. 518) als auch das, was das BGB als wesentliche Bestandteile des Grundstücks umreißt (Gebäude, Art. 518, Wind- und Wassermühlen, Art. 519, Bodenerzeugnisse, Art. 520 und 521, selbst dem Pächter zur Nutzung des Grundstücks überlassenes Vieh, Art. 522, Wasserleitungen, Art. 523) als "immeubles par nature". "Immeuble par destination" ist ungefähr das, was das BGB als Grundstückszubehör anspricht: die Sachen, die der Eigentümer zur Nutzung des Grundstücks auf dasselbe verbracht hat, etwa Vieh, Ackergerät, aber auch Maschinen für die industrielle Produktion oder gewerbliche Betätigung sowie "tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés auf fonds à perpétuelle demeure". (Art. 524 C.c.). Wann letzteres gegeben ist, definiert Art. 525 Abs. 1: wenn die Gegenstände derartig mit dem "fonds", also dem Grundstück, verbunden sind, daß sie nur unter Beschädigung oder Zerstörung ihrer selbst oder der Befestigungsunterlage entfernt werden können. (186)

-----  
186) Zum Lächeln anregend der letzte Absatz des Art. 525 C.c.:  
"Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration."

Die Lehre hat aber in Frankreich außerdem im Anschluß an gewisse gesetzliche Entwicklungen nach dem Code civil noch eine vierte Gruppe von Immobilien gebildet: die "immeubles par déclaration". (187) Der Eigentümer gewisser beweglicher Sachen konnte durch Erklärung in bestimmter Form nämlich in gesetzlich eng umgrenzten Fällen dieselben in die Kategorie der Immobilien einreihen. Diese heute praktisch verschwundene Art von "immeubles" ist geschaffen worden, um für bestimmte staatliche Wertpapiere die Möglichkeit einer hypothekarischen Beleihung zu schaffen.

Ein Gesetz vom 16.1.1808 (188) gab den Aktionären der Banque de France, die als Aktiengesellschaft gegründet worden war, die Möglichkeit, durch Erklärung gegenüber der Bank und Eintragung in das Veräußerungsregister ihre Aktien zu immobilisieren. Weil die Aktien dann aber der Grundsteuer unterworfen waren, (189) wurde von dieser Möglichkeit nur sehr selten Gebrauch gemacht. Ein Dekret vom 31.12.1936 (190) schloß die Immobilisation für die Zukunft aus; die vorher immobilisierten Aktien behielten die Grundstückseigenschaft, verloren sie aber unwiderruflich mit der zugelassenen Umwandlung in Fahnris.

Als die Banque de France durch Gesetz vom 2.12.1945 nationalisiert und dabei die Aktien auf den Staat übertragen wurden, erhielten die ehemaligen Aktionäre Obligationen, die ihr Recht repräsentieren. (191) Soweit diese für bis zum Inkrafttreten des Dekrets vom 14.12.1936 immobilisierte Aktien ausgegeben wurden, hatten sie ipso iure Grundstückscharakter, (192) den sie bis heute beibehalten haben.

-----  
187) von manchen Autoren auch im Anschluß an die Formulierung des Art.529 C.c. "immeubles par détermination de la loi" genannt.

188) zit. nach Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2192; erwähnt in Art.7 des in Fn.190 zit.Dekrets.

189) Art.3 und 4 d.Ges.v.18.4.1831 (zit. nach Ripert-Boulanger aaO.)

190) J.O.22.5.1937 = S.(L.A.)1936-1940, I, S.402 ff., Art.7

191) vgl.Verordnung vom 19.7.1946, J.O.21.7.1946, S.6537 = D.1946.Lég.322

192) Art.8 Abs.3 der vorerwähnten Verordnung.

Daneben gibt es noch eine zweite, in der Praxis aber anscheinend überhaupt nicht durchgeführte Möglichkeit der Immobilisation von beweglichen Werten: werden Staatsrentenpapiere von Gemeinden oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften (*établissements publics ou d'utilité publique*) zur Anlage von Geldbeträgen aus Geschenken und Vermächtnissen erworben, so erhalten sie Grundstückseigenschaft. (193)

In Deutschland sind derartige Immobilisationen unbekannt. In Frankreich zählen die "*immeubles par déclaration*", da sie ausgesprochenen Sonderregeln unterliegen, auch nicht eigentlich zur *propriété foncière*"; hierzu werden nur Grundstücke und deren wesentliche Bestandteile, also die "*immeubles par nature*" und die "*immeubles par destination*" gerechnet.

#### V) Sonderformen des Eigentums.

a) Das Miteigentum ist, mit allerdings im Einzelnen teilweise unwesentlich voneinander abweichender Regelung, beiden Rechtsordnungen bekannt. Das französische Recht hat nur das Bruchteilseigentum unter der Bezeichnung "*indivision*" ausgebildet. Eine allgemeine gesetzliche Regelung hierfür, wie sie das BGB in den §§ 1008 bis 1011 gibt, besteht im Code civil nicht; er behandelt nur einzelne Arten des "*indivision*", wie etwa die Erbengemeinschaft (Art. 815, 841, 883), die eheliche Gütergemeinschaft (Art. 1399 ff.) und die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (vgl. Art. 1859), ohne eine Definition des Begriffs zu geben.

Lehre und Rechtsprechung haben aus diesen verstreuten Regelungen allerdings eine einheitliche Theorie zu entwickeln vermocht, die sich mit der des deutschen Rechts sehr weitgehend deckt: das Recht eines jeden Miteigentümers geht auf die ganze Sache, ein jeder hat aber einen feststehenden rechnerischen Bruchteil (Quote), dessen Größe verschieden sein kann (wobei

---

193) vgl. Ripert - Boulanger aaO. Nr. 2193

im deutschen Recht Gleichheit der Quoten (194) ausdrücklich vermutet wird, § 742 BGB); jeder hat an seinem Anteil das volle Eigentum, der Anteil selbst ist Eigentum, nicht ein das Eigentumsrecht der anderen belastendes Recht. Der Miteigentümer kann also seinen (ideellen) Anteil veräußern, belasten und vindizieren, der Anteil ist auch grundsätzlich der Zwangsvollstreckung unterworfen. Dem Miteigentümer steht der Gebrauch der gemeinsamen Sache soweit zu, als er nicht den Mitgebrauch der anderen beeinträchtigt. (195) Damit wird die Konzeption des Eigentums als unteilbarem, ausschließlichem Recht nicht angetastet, sondern die vollen Rechte auf mehrere Personen gleichermaßen verteilt. (195a)

Sowohl nach französischem (vgl. Art. 815 C.c., der dem Grundsatz nach für alle "indivisions" gilt) als auch nach deutschem Recht (749 Abs. 1 BGB) kann jeder Miteigentümer jederzeit Aufhebung der Gemeinschaft fordern. Während die Teilung nach französischer Rechtsauffassung lediglich deklaratorischer Natur ist, also nur das vorher schon rechnerisch bestehende Eigentum am Anteil rückwirkend konkretisiert, ohne daß es dafür irgendwelcher rechtsübertragender Akte der Miteigentümer bedarf, (196) ist in Deutschland ein Zusammenwirken aller Miteigentümer erforderlich, um das Eigentum an der betreffenden Quote oder, falls Teilung in Natur nicht möglich ist, am Erlös an den einzelnen Partner zu übertragen.

Beide Rechtsordnungen kennen aber auch Fälle, in denen kraft Gesetzes die Teilung dauernd ausgeschlossen ist (sog. "indivision forcée"), nämlich dann, wenn Nachbarn auf die Be-

- 
- 194) vgl. für Frankreich Planiol-Ripert-Picard aaO. 286 ff. Ripert-Boulanger aaO. Bd. II, Nr. 2271; für Deutschland Wolff-Raiser aaO. § 88.
- 195) § 743 Abs. 2 BGB; für das franz. Recht Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr. 289 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen; Ripert-Boulanger, aaO. Nr. 2273 ff.
- 195a) vgl. etwa Ripert - Boulanger aaO. Nr. 2265, Wolff-Raiser aaO. § 88.
- 196) vgl. Art. 883 C.c.; Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr. 292; Ripert-Boulanger aaO. Nr. 2275.

nutzung des gesamten ungeteilten Gegenstandes, an dem das Miteigentum besteht, angewiesen sind. Dies ist hauptsächlich der Fall für das gemeinschaftliche Eigentum beim Wohnungs-, Stockwerks- und Teileigentum (Art. 2 des franz. Gesetzes über das Wohnungseigentum vom 28.6.1938; (197) § 11 des deutschen Gesetzes über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (WEG) vom 15.3.1951) (198); in Frankreich kommen hinzu Einrichtungen, die mehreren Nachbarn zu dienen bestimmt sind, wie gemeinsame Trennmauern (clôtures mitoyennes) u.ä. (199). Bei letzterem ist allerdings zu beachten, daß es sich hier nicht um e c h t e s Miteigentum handelt; vielmehr ist jeder Nachbar Eigentümer einer körperlichen Hälfte, nämlich des seinem Grundstück zu- liegenden Teils (199a).

Dem französischen Recht ist dagegen die Gemeinschaft zur gesamten Hand unbekannt, wenn auch früher ab und an Versuche gemacht wurden, vor allem die Gütergemeinschaft als solche zu qualifizieren.

#### b) S o n d e r e i g e n t u m

Das BGB hat, abweichend vom gemeinen Recht, den römisch-rechtlichen Grundsatz übernommen, daß ein Sondereigentum an Grundstücksteilen nicht möglich ist ("superficies solo cedit", §§ 94, 93 BGB). Von diesem strengen Grundsatz gibt es zwar einige im BGB selbst vorgesehene Ausnahmen, wie etwa nach § 95 BGB für Gebäude, die zu vorübergehenden Zwecken oder in Ausübung eines dinglichen Rechts mit einem fremden Grundstück ver-

-----

- 197) D.P. 1939.4.73 mit Komm. J. Chevallier. Der Code (Art. 664) sah die genau abgegrenzten Pflichten der einzelnen Stockwerkseigentümer als auf deren Anteil lastende Le-galservitut an.
- 198) BGBI. 1951 I S.175. Näheres hierzu bei R. Schmidt, Das Eigentumsrecht an Wohnungen im franz. und deutschen Recht, Diss. München 1963, S. 35 ff.
- 199) vgl. Art. 653 C.c., der in der Mitberechtigung des je-weils anderen Nachbarn allerdings eine Servitut am Nach-bragrundstück sah. Lehre und Rechtsprechung haben aber schon lange geklärt, daß es sich hierbei um Miteigentum handelt, weil von einem herrschenden und einem dienenden Grundstück gar nicht die Rede sein kann. Vgl. statt vie-ler Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.294 mit den Nachweisen.
- 199a) vgl. dazu etwa Nouv.Rép.Dalloz, Stichw. Servitudes, Nr. 160; Cass.civ. 16.7.1963, D.1963.697

bunden sind, (200) eine Widerlegung des strengen Akzessionsgrundsatzes ist aber nicht möglich. Erst das Wohnungseigentumsgesetz vom 15.3.1951 (201) sieht - in Abweichung von der Maxime "superficies solo cedit" - ein Sondereigentum an Wohnungen vor (bei gewerblich genutzten Räumen Teileigentum genannt), das mit dem Miteigentum an den gemeinschaftlichen Teilen, zu denen auch das Grundstück gehört (§ 1 Abs.4 WEG), eine Einheit bildet (§ 6 WEG).

Demgegenüber geht der Code civil zwar auch vom Grundsatz "superficies solo cedit" aus, wenn er in Art.546 bestimmt, daß sich das Recht des Eigentümers auch auf die mit dem Grundstück verbundenen Sachen erstreckt und dies in Art.552 Abs.1 mit den Worten ausführt: "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous", dies stellt aber nur eine widerlegbare Vermutung dar, wie sich aus Art.553 C.c. ergibt: sämtliche Bauwerke, Bepflanzungen und ähnliches gelten als dem Eigentümer gehörend, wenn nicht das Gegenteil bewiesen wird. Art.664 C.c. ließ denn auch von Anfang an Stockwerkseigentum zu, das sogar unabhängig vom Miteigentum an Grund und Boden oder gemeinsamen Gebäudeteilen sein konnte. Heute entspricht die Regelung im wesentlichen der des deutschen Rechts. (202)

Anders als das BGB hat daher das französische Recht auch die römische "superficies" beibehalten. Wenn auch der Code das "droit de superficie" nicht ausdrücklich erwähnt, so wird seine Zulässigkeit im Hinblick auf Art.533 C.c. allgemein anerkannt, (203) und zwar als Sondereigentum, nicht als Bela-

-----  
200) in der Wirkung ähnlich die früheren §§ 1014 ff. BGB und heute das Erbbaurecht; beide werden aber als Belastungen fremden Eigentums angesehen.

201) s.Fn. 198

202) vgl. zum Ganzen mit näheren Einzelheiten Schmidt aaO.; Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.319 ff.; Ripert-Boulanger aaO. Nr.2472.

203) Vgl. Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.331; Ripert-Boulanger aaO. Nr.2473; Colih-Capitant aaO. Bd.II, Nr.216. Art.2133 Abs.2 C.c. i.d.F.von 1955 läßt die hypothekarische Belastung eines solchen Rechts zu.

stung des Eigentums (204) eines anderen, so daß das Eigentum an der Oberfläche oder einem Teil davon bzw. an den Aufbauten dem Superfiziär zu Eigentum zusteht, der jeweilige Rest dem Grundeigentümer (teilweise *tréfoncier* genannt). Man spricht davon häufig als von einer "superposition de propriétés"; (205) die Regeln der Gemeinschaft (*indivision*), insbesondere über die Teilung, sind daher nicht anwendbar.

Theoretisch kann sich das Recht des Superfiziärs auf die ganze Oberfläche des Grundstücks erstrecken, und theoretisch kann es auch auf unbeschränkte Zeit bestellt werden, in den beiden Fällen, in denen es aber in Frankreich eine praktische Ausformung erfahren hat, nämlich dem "*bail avec permission de bâtir*" und dem "*bail à domaine congéable*", ist beides nicht der Fall; bei letzterem erfolgt allerdings die Begründung in aller Regel auf unbestimmte Zeit, der Grundeigentümer kann aber dem "*domanier*" jederzeit kündigen, wobei diesem aber seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 16.9.1947 (206) die Schutzrechte aus dem Pachtstatut zustehen, nämlich Pachtschutz und Vorkaufsrecht, (207) so daß an sich der Zusatz "*congéable*"

-----

- 204) vgl. die Grundsatzentscheidung Req.27.4.1891, S.91.1.369 mit Anm.Labbé, der eine eingehende Rechtfertigung der Zulässigkeit und eine gute Charakterisierung des Rechts gibt.
- 205) Das belgische Gesetz vom 10.1.1824 über die Superfizies definiert: "un droit réel qui consiste à avoir des plantations, ouvrages ou constructions sur le terrain d'autrui"; die Geltungsdauer eines solchen Rechts ist auf 50 Jahre beschränkt.- Dieses Recht entspricht, vor allem in seiner (zu behandelnden) Ausbildung als zeitlich begrenzter "*Bail avec permission à bâtir*" unserem Erbbau-recht, das zwar als Belastung fremden Eigentums konstruiert ist, aber als selbständiges Grundstück behandelt wird und dem Erbbauberechtigten das Eigentum am Gebäude zuspricht, damit auch den Grundsatz des § 94 BGB durchbricht.- Irrig die Ausführungen von Blanke, Die Reform des franz. Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 und das deutsche Liegenschaftsrecht, S.19 f., wo die *Emphyteuse* (Erbpacht) als dem Erbbau-recht entsprechend angesehen wird.
- 206) J.O. 17.9.1947, S.9311 = D.1947.389 mit Kommentierung von Desbois, D.1948.Lég.13
- 207) Vgl. Ord. vom 17.10.1945, geändert durch Gesetz 13.4.1946; s.dazu oben Fn.41. Dort nähere Einzelheiten über diese Rechte.

gar nicht mehr gerechtfertigt ist.

Der "bail avec permission de bâtir" wird häufig mit der Bestimmung abgeschlossen, daß das Eigentum an den vom Pächter errichteten Gebäuden diesem selbst zufallen soll. In diesem Fall ist eine Superfizies entstanden, die den gleichen Zielen dient wie das deutsche Erbbaurecht und in den praktischen Auswirkungen auch diesem entspricht; (208) das Recht ist, wie das deutsche Parallelinstitut, veräußerlich und vererblich.

Beim "bail à domaine congéable", der ein Überbleibsel der Vorrevolutionszeit ist, das in den Gesetzen vom 7.6.-6.8.1791, vom 8.2.1897, 16.9.1947 (209) und neuerdings im Code rural (Art. 904 - 925) eine Regelung gefunden hat und praktisch nur in der Basse-Bretagne (Departements Finistère, Morbihan und Côtes du Nord) eine Rolle spielt, wird der Pächter Eigentümer aller Gebäude und sonstigen über dem Erdboden befindlichen Gegenstände (édifices et superficies), der Grundeigentümer (le foncier) behält das Eigentum am nackten Erdreich und den wild wachsenden Bäumen (arbres fonciers). Auch hier entsteht also wieder ein nebeneinanderstehendes Eigentum an einem Grundstück.

c) Das **E r b b a u r e c h t** ist eine spezielle Institution des deutschen Rechts, das es - jedenfalls vom Standpunkt des Grundeigentümers her gesehen - als Belastung fremden Eigentums (210), als solches aber als eigentumsähnliches Rechtauf- fasst, sodaß - ähnlich wie bei der Superfizies des französischen Rechts - neben dem Eigentum am Grundstück selbständig ein Eigentum am Bauwerk besteht. (211) Das BGB hatte die Ein- richtung in den §§ 1012 bis 1017 nur ziemlich unvollständig geregelt, diese Bestimmungen gelten nur noch für Erbbaurechte, die am 22.1.1919 bereits bestanden; für danach errichtete Rechte gilt die Verordnung über das Erbbaurecht (ErbbauVO

-----  
208) vgl. Fn.205; näheres bei Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.333; Ripert-Boulanger aaO. Nr.2475

209) Fundstellen bei Desbois aaO.

210) trotzdem ist die Bestellung eines Eigentümererbbaurechts nach h.M. zulässig, vgl. Soergel-Baur, BGB, Bd.III 1960, Anm.3 zu § 1 ErbbauVO

211) Vgl. etwa Baur aaO. S.246; auch oben Fn.6 und 203-208 und Kontext

vom 15.1.1919)(212), die eine umfassende Regelung der Materie brachte.

Von den persönlichen Dienstbarkeiten unterscheidet es sich, abgesehen davon, daß es wie ein Grundstück behandelt wird, also grundstücksgleiches Recht ist (§ 1017 a.F. BGB, § 11 ErbbauVO), vor allem dadurch, daß es notwendigerweise veräußerlich und vererblich ist, von den Grunddienstbarkeiten dadurch, daß es nicht mit dem Eigentum an einem herrschenden Grundstück verbunden ist.

Da das Erbbaurecht juristisch ein Grundstück darstellt, erklärt § 12 ErbbauVO konsequenterweise ein auf Grund dieses Rechts errichtetes oder ein schon vorhandenes Gebäude als wesentlichen Bestandteil (§§ 93, 94 BGB) dieses grundstücksgleichen Rechts; das Bauwerk fällt damit in das Eigentum des Erbbauberechtigten. Ein vorhandenes Bauwerk hört gleichzeitig auf, wesentlicher Bestandteil des Grundstücks selbst zu sein.

Nach § 1014 a.F. BGB, jetzt § 1 Abs.3 ErbbauVO ist die Bestellung eines Erbbaurechts an einem Teil eines Bauwerks, insbesondere an einem Stockwerk, unzulässig. Zulässig ist hingegen nach § 30 WEG, (213) das auf das ganze Gebäude gerichtete Erbbaurecht unter mehrere Mitberechtigte in der Weise aufzuteilen, daß jedem von ihnen als Wohnungserbbaurecht das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung zusteht.

-----  
212) RGBl. 1919 S.72, Berichtigung S.122

213) Vgl. oben Fn.198

B. Die beschränkten dinglichen  
Rechte und ihre Entwicklung.

I) Numerus clausus der  
dinglichen Rechte.

Art. 543 C.c. bestimmt:

"On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété,  
ou un simple droit de jouissance, ou seulement des  
services fonciers à prétendre."

Der Code beschäftigt sich anschließend, im 2. Titel des 2. Buches mit dem Eigentum, im 3. Titel mit Nießbrauch, Nutzungsrecht und Wohnrecht als "droits de jouissance" und schließlich, im 5. Titel, mit den Servituten. Außerhalb des Code civil hat das Gesetz vom 25. Juni 1902 (214) der aus dem alten französischen Recht überkommenen Emphyteuse (Erbpacht) den Charakter eines dinglichen Nutzungsrechts gegeben.

Im übrigen kennt der Code civil an dinglichen Rechten die meist als sûretés réelles bezeichneten Verwertungsrechte Hypothek, Vorzugsrecht (privilège) und Nutzpfund (antichrèse).

Nicht zuletzt wegen des Bestehens der Emphyteuse, eines außerhalb des Code civil geschaffenen dinglichen Rechts, aber auch wegen der Festigung der Rechtsstellung des Mieters, ist in Frankreich, zumindest hinsichtlich der vom Eigentum abgespaltenen Nutzungsrechte ("démembrements de la propriété"), umstritten, ob die im Code civil gegebene Aufzählung limitativ ist oder ob es den Parteien freisteht, insbesondere durch "Abspaltung" gewisser Eigentümerbefugnisse, neue dingliche Rechte zu schaffen. Jedenfalls scheinen sich weder Lehre noch Praxis fest auf einen numerus clausus festgelegt zu haben. (215)

-----  
214) Loi sur le code rural (livre I<sup>er</sup>, titre V: du bail emphytéotique), J.O. 4.7.1902, D.P.1903.4.1; heute Art. 937 - 950 Code rural

215) Für numerus clausus schon Aubry et Rau, II § 172, bei Fn. 1 quater, Colin-Capitant aaO. Bd.II Nr.245 (aber mit Einschränkungen); Déruppé in David aaO. Bd.II S.118; Terrat, Le régime de la propriété dans le Code civil, Livre du centenaire Bd.I, S.338. Dagegen Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.48 mit Rechtsprechungshinweisen, die

Die Gegner der Begrenzung stützen sich vor allem auf die vagen Formulierungen der Art. 543 und 686 C.c. Die Streitfrage hat aber heute vor allem im Hinblick auf die Regelung der Publizität, die nur für die Eintragung der gesetzlich umrissenen Rechte geschaffen ist und daher von dieser Seite eine Begrenzung bringt, keine praktische Bedeutung mehr. (216)

Für das BGB ist es unbestritten, daß es - unter Abkehr von der deutschrechtlichen Anschauung - das römisch-rechtliche Prinzip des *numerus clausus* der dinglichen Rechte übernommen hat. Diese Zahl ist größer als im gemeinen Recht, trotzdem wird der Wegfall mancher alten Rechte wie etwa des Nutzpandrechts oder der Erbpacht nicht selten bedauert. (217)

## II) Die Nutzungsrechte.

Bei der Ausbildung der dinglichen Nutzungsrechte sind beide Rechtsordnungen im wesentlichen von den Regeln des römischen Rechts ausgegangen. Dieses unterschied *praedialservituten* zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Grundstücks (des *praedium dominans*) und *Personalservituten* zugunsten einer bestimmten Person. Letztere zerfielen - anschließend an die Aufgliederung der Rechte des Eigentümers - in vier genau umgrenzte Typen: *usus fructus*, *usus*, *habitatio* und *operae servorum et animalium*.

a) Beide Rechtsordnungen haben das Institut der *Praedialservituten* übernommen, das BGB unter dem Namen *Grunddienstbarkeiten*, (§§ 1018 ff.) der *Code civil* unter dem Namen *servitudes* oder *services fonciers* (Art. 637 ff.), welche beiden Aus-

-----  
aber nicht sehr überzeugend sind; Baudry-Lacantinerie et Chaveau aaO. Nr.193; wohl auch Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2226

216) So mit Recht Ripert-Boulanger aaO., in dieser Richtung auch, mit näherer Begründung, Planiol-Ripert-Picard aaO.

217) Vgl. zum deutschen Recht Wolff-Raiser aaO. § 2 II 1, wo auch (in Fn.5) auf den Rechtszustand in anderen Ländern hingewiesen wird.

drücke unterschiedslos nebeneinander gebraucht werden. (218) Sie bedeuten die Belastung des dienenden Grundstücks ("fonds servant"), die entweder den Berechtigten zu einem Tun befugen und dann dem Eigentümer oder sonst an der Sache Beteiligten zu einem Dulden verpflichten, oder ihn zu einem Verboten befugen und dann die Gegenseite zu einem Unterlassen verpflichten.

Ähnlich wie im deutschen Recht können nach französischer Auffassung nur Grundstücke, aber auch Gebäude (der Code spricht von "héritages"), nicht aber die "immeubles par destination" mit Grunddienstbarkeiten belastet werden, (219) ebensowenig die "immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent", also Rechte ("servitus servitudinis esse non potest").

Der Code selbst unterscheidet drei Arten von Dienstbarkeiten: die "servitudes qui dérivent de la situation des lieux" (Art. 640 ff.), die "servitudes établies par la loi" (Art. 649 ff.) und die "servitudes établies par le fait de l'homme" (Art. 686 ff.).

Die unter dem ersten Titel zusammengefassten "Dienstbarkeiten" sind aber, wie ganz allgemein anerkannt wird, in Wahrheit entweder auch Legalservituten (wie das Verbot der Umleitung eines auf einem Grundstück entspringenden Baches, das zugunsten der weiteren Anlieger aufgestellt ist, Art. 643) oder überhaupt keine Dienstbarkeiten, sondern entweder Umgrenzungen der Rechte des Eigentümers (Art. 641, 642, 644 und 645) oder Bestimmungen des Nachbarrechts (Art. 646 bis 648), also ebenfalls Grenzen des Eigentums. (220)

-----  
218) Vgl. die Überschrift des 4. Titels des 2. Buches C.c.: Des servitudes ou services fonciers.

219) Vgl. die Entsch. Req. 6.4.1841, D.P.41.1.214 = S.41.1.414, nach der eine Grunddienstbarkeit an Bäumen nicht zulässig ist, obwohl diese "immeubles par nature" sind.

220) Vgl. Flaniolet-Ripert-Picard aaO. Nr.904; Friedel in Rép. dr.civ.Dalloz, Stichw. Servitudes, Nr.72. Colin-Capitant aaO. Bd.II Nr.328 und Heinsheimer aaO. Bem. zu Art.639 sprechen allen aufgezählten Beschränkungen die Eigenschaft als Dienstbarkeit ab und sehen in ihnen bloße Begrenzungen des Eigentums.

Bei den Legal servituten wird unterschieden zwischen solchen, die im öffentlichen Interesse bestehen, wie etwa die "servitude d'extraction de matériaux et d'occupation temporaire", (221) die der Verwaltung das Recht gibt, das zum Bau und der Unterhaltung von Straßen notwendige Material (gegen Entschädigung) aus dem Anliegergrundstück zu entnehmen, oder die "servitude de visibilité", die zu Bauverboten an Straßenkreuzungen usw. führt, (222) und solchen, die Privatinteressen schützen wie die Abstandsvorschriften der Art. 671 bis 674 C.c. (223)

In Deutschland sind gesetzliche Dienstbarkeiten unbekannt. Die Beschränkungen, die das französische Recht als Servituten auffaßt, werden hierzulande als eigentumsbeschränkende Normen des öffentlichen (Baurecht, Straßen- und Wegerecht u.ä.) oder des Privatrechts (Nachbarrecht) konstruiert. (224) Die Festlegung weitergehender Belastungen oder die Aufhebung gesetzlicher Einschränkungen durch rechtsgeschäftliche Grunddienstbarkeiten ist daneben möglich.

Die Ausgestaltung der rechtsgeschäftlichen Grunddienstbarkeiten (225) (servitudes du fait de l'homme) in beiden Rechtsordnungen weist keine wesentlichen Unterschiede auf. Welcher Art die Belastung des dienenden Grundstücks ist, bleibt weitgehend dem Parteiwillen überlassen, nur muß die Grunddienstbarkeit ihrer Art nach für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteile bieten, die Servitut muß diesem Grundstück selbst nützen. Sie darf weder einer Person auferlegt noch zugunsten einer Person bestellt werden (§ 1019 BGB, Art.

-----  
221) Ges. 29.12.1892, D.P.93.4.56

222) Vgl. Ges. v. 26.1.1941, D.A.1941.96. Übersicht bei Friedel aaO. Nrn. 76-84 mit Ergänzung in der mise à jour 1963 u. bei Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.900 ff.

223) Näheres bei Friedel aaO. und Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.904 ff.

224) Allerdings sprach die ältere Verwaltungsrechtslehre hier häufig von grunddienstbarkeitsähnlichen Rechten; vgl. Wolff-Raiser aaO. § 105 Fn.7

225) wobei rechtsgeschäftlich nicht bedeutet, daß diese Dienstbarkeiten nur durch Rechtsgeschäft erworben werden können.

686 C.c.), m.a.W. also nur dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks in dieser Eigenschaft zugutekommen, aber auch jedem Eigentümer.

Das deutsche wie das französische Recht (Art. 688 C.c.) unterscheiden ständige und nichtständige Dienstbarkeiten, je nachdem, ob sich die Rechtsausübung auf einen dauernden Zustand (alle negativen Dienstbarkeiten) oder auf vorübergehende Handlungen bezieht. Das französische Recht unterscheidet darüberhinaus in Art. 689 C.c. offensichtliche (ein Wege-recht) und nicht offensichtliche Grunddienstbarkeiten (Verpflichtung, nicht zu bauen). (226) Während im deutschen Recht solche Einteilungen keine praktische Bedeutung haben, spielen sie im französischen Recht für die Art des Erwerbs von "rechtsgeschäftlichen" Dienstbarkeiten eine große Rolle: nur die ständigen und offensichtlichen Grunddienstbarkeiten können sowohl durch Rechtsgeschäft (227) als auch Ersitzung (Frist 30 Jahre) oder "destination du père de famille" (228) erworben werden (Art. 690 und 692 C.c.), während die ständigen, nicht ersichtlichen und alle nichtständigen Servituten nur durch Rechtsgeschäft begründet werden können (Art. 691 C.c.). Ersitzung, auch durch Besitz seit unvordenklicher Zeit, ist nicht möglich.

Anders als im deutschen Recht (§ 889 BGB) erlöschen Grunddienstbarkeiten nach Art. 705 C.c. auch durch Vereinigung beider Grundstücke in einer Hand und durch 30-jährigen Nichtge-

-----  
226) vgl. dazu etwa Cass.civ. 12.1.1948, D.1948.202

227) der Code spricht von "titre", meint damit aber den "acte juridique", wobei auch letztwillige Verfügungen eingeschlossen sind.

228) Dies ist praktisch die Begründung einer Eigentümerdienstbarkeit, die im französischen Recht - anders als heute in Deutschland (vgl. Wolff-Raiser aaO. § 108 I 1b) - grundsätzlich nicht zugelassen ist ("nemini res sua servit"). Sie entsteht bei Auseinanderfallen des Eigentums an zwei Grundstücken, wenn der frühere Eigentümer einen Zustand geschaffen hat, der eine Grunddienstbarkeit darstellen würde, wenn die beiden Grundstücke zwei verschiedene Eigentümer hätten. Vgl. dazu Ripert-Boulanger aaO. Bd. II Nr. 3161 ff.

brauch (Art.706 C.c.). Letzteres ist allerdings auch in Deutschland nach Landesrecht möglich (Art.182 EGBGB, dazu etwa Art.84 Abs.3 Bayer. AGBGB : 10 Jahre).

b) Den Praedialservituten (Grunddienstbarkeiten) stehen gegenüber die Personalservituten (persönliche Dienstbarkeiten), die einem individuell bestimmten Berechtigten zustehen. Eine solche Dienstbarkeit kann entweder auf die volle Sachnutzung, also den ususfructus gewähren (Nießbrauch, §§ 1030 ff.usufruit, Art.578 ff.) oder auf beschränkte Nutzung gehen ( beschränkte persönliche Dienstbarkeiten). Der Code civil kennt aber den Begriff der services personnels nicht, er hat nur einzelne Unterarten ausgebildet.

1) Den N i e ß b r a u c h haben beide Rechte in Anlehnung an das römische Recht ziemlich gleich gestaltet als das dingliche, nicht übertrag-bare (229) und nicht vererbliche Recht, einen fremden Gegenstand in allen Beziehungen zu nutzen, ohne seine Substanz anzugreifen.

Im Gegensatz zum deutschen Recht gibt es in Frankreich auch echte gesetzliche Nießbrauchsrechte, nämlich das der Eltern am Vermögen der Kinder unter 18 Jahren (Art.384 C.c.), den Nießbrauch des überlebenden Ehegatten an gewissen Nachlassteilen (Art.767 C.c.), bis zum Gesetz vom 26.3.1957 auch den Nießbrauch des überlebenden Elternteils an dem Nachlassteil, der ihm nicht zu Eigentum zufiel (Art.754 C.c., jetzt aufgehoben). Hierzu kommt noch der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten an den Urheberrechten des Erblassers gem.Art. 24 des Urheber-

-----  
229) Wohl kann die Ausübung überlassen werden, § 1059 BGB, und nach den durch Gesetz vom 13.12.1935 (RGBl I S.1486) neu eingefügten §§ 1059a - 1059e BGB können jur.Personen den Nießbrauch auch übertragen. In dieser Richtung wird auch Art.595 C.c. interpretiert, vgl. Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2946, dies ist aber sehr umstritten; dagegen Colin-Capitant aaO. Bd.II Nr.286, zweifelnd Cornu Rép. dr.civ. Dalloz, Stichw.Uusufruit, Nr.170 ff.; offenlassend Planiol-Ripert-Picard aaO.Nr.813.

rechtsgesetzes Nr.57 - 298 vom 11.3.1957.(230) Ersteres wird in Deutschland als Nutznießung angesehen, ebenso wie die Rechte des Mannes bzw. der Ehegatten in den verschiedenen vertraglichen Güterständen des deutschen Rechts und ebenso wie im französischen Ehegüterrecht (*droit de jouissance*).

Anders als im deutschen Recht kann der Nießbrauch des französischen Rechts mit einer Hypothek belastet werden (Art.2118 Ziff.2 C.c.).

2) Von den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten hat der Code civil nur die beiden römisch-rechtlichen Unterarten des *usus* und der *habitation* zugelassen (*droit d'usage* und *droit d'habitation*, Art.625 bis 636 C.c.); das Institut der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit allgemein als Recht, ein Grundstück in einzelnen Beziehungen zu nutzen, hat er in dem Bestreben, jede Spur des alten Feudalsystems zu beseitigen, nicht übernommen (vgl.Art.686).

Das *droit d'usage* ist gegenüber dem Nießbrauch, der auch das Recht zur Fruchtziehung einschließt, grundsätzlich auf die reine Nutzung beschränkt (*nudus usus, id est sine fructu*). In Anlehnung an das nachklassische römische Recht hat aber der Code civil in Art.630 die Ziehung natürlicher Früchte im Rahmen des Familienbedarfs zugelassen. Damit liegt eigentlich ein auf die Bedürfnisse des Berechtigten beschränkter Nießbrauch vor. Für dieses Recht gelten denn auch im allgemeinen die Regeln des Nießbrauchs, nur gibt es niemals eine gesetzliche Begründung, und der Inhaber kann es weder "vermieten" noch veräußern (Art.631 C.c.) (230a)

- 
- 230) J.O. 14.3.1957, S.2723 = D.1957. Lég.102. So wohl auch schon - trotz des Wortes "*jouissance*" - das Gesetz vom 14.7.1866 über die Rechte der Erben und anderer Rechtsnachfolger von Urhebern, abgedruckt bei Ferid-Firsching aaO. Frankreich, Texte C II 2. Vgl. Ripert-Boulanger aaO. Bd.II Nr.2965; Colin-Capitant aaO. Bd.II Nr.255, 4.
- 230a) Dieses Recht ist nicht zu verwechseln mit den "*usages ruraux*" und "*usages for-estiers*", alten gewohnheitsrechtlichen Wald- und Weidgerechtigkeiten, die wohl den Cha-

Das BGB hat den usus nicht als besondere Form ausgebildet; er geht in der Klasse der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten auf.

Eine Sonderart dieses Rechts ist das *droit d'habitation*. Es unterscheidet sich vom *droit d'usage* an sich nicht, sondern hat diesen Namen - in Anlehnung an die römisch-rechtliche Unterscheidung, aber unter Ablehnung der dort vorgesehenen Möglichkeit für den Berechtigten, das Objekt seines Rechts zu vermieten - nur deswegen bekommen, weil ein besonderer Gegenstand, auf den es sich bezieht, vorhanden ist, nämlich ein Haus. Eine Fruchtziehung kommt vom Objekt her natürlich nicht in Frage. Es kann, wie das *droit d'usage*, weder anderen zur Nutzung überlassen noch veräußert werden (Art. 634 C.c.). Es ist streng von dem rein persönlichen, gesetzlichen Wohnrecht des überlebenden Ehegatten (Art. 1465, 1495 und 1570 C.c.) zu scheiden.

Im BGB ist das dingliche Wohnrecht (§ 1093) eine besonders ausgebildete Art einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, auf das teilweise Nießbrauchsregeln anwendbar sind. Diesem Recht ähnlich ist das Dauerwohnrecht (bei gewerblichen Räumen Dauernutzungsrecht genannt) nach §§ 31 ff. WEG. Letzteres ist jedoch im Unterschied zum Wohnrecht nach BGB veräußerlich, vererblich und durch Vermietung oder Verpachtung nutzbar.

c) Die *Emphytéose* (*emphytéose*, Erbpacht) ist dem französischen Recht direkt aus dem römischen Recht übernommen. Schon dort war sie, was sie noch ist: das dingliche Recht auf Nutzung eines fremden Grundstücks gegen Zahlung eines jährlichen Zinses und mit der Verpflichtung zur Kultivierung. Vor der Revolution führte allerdings die Begründung des Rechts eine Aufspaltung des Eigentums in *dominium eminens* und *dominium utile* herbei, (231) die Hypothekengesetze vom 9 messidor an

-----  
rakter von Grunddienstbarkeiten haben. Vgl. Planiol-Ripert-Picard Bd. III Nr. 884 und 885 und *Rép. dr. civ.* Dalloz Stichw. *usages forestiers* und *usages ruraux*.  
231) so die belgische Rechtssprechung auch nach dem C.c. Nachweise bei Ripert-Boulanger aaO. Nr. 3209, Fn. 1

III (27.6.1795)(232) und vom 11 brumaire an VII (1.11.1798) (233) stellen es aber mit dem Nießbrauch auf die gleiche Stufe, womit der Gesetzgeber die Abschaffung verschiedener Eigentumsarten durchführte und zugleich zeigen wollte, daß dem Berechtigten nurmehr ein beschränktes Nutzungsrecht zusteht. Schon vorher hatte ein Gesetz vom 18.12.1790 die Höchstdauer für einen "bail emphytéotique" auf 99 Jahre beschränkt, ohne allerdings etwas am ursprünglichen Charakter des Rechts zu ändern. (234)

Der Code civil nahm das Recht bewußt nicht in seine Bestimmungen auf, sodaß zunächst sein Weiterbestehen als dingliches Recht (die Möglichkeit, einen schuldrechtlichen Erbpachtvertrag abzuschließen, wurde nie angezweifelt) umstritten war. Die Rechtsprechung hat aber spätestens seit 1840 den dinglichen Charakter dieses Rechtes an fremder Sache stets anerkannt (235) und, entgegen der limitativen Aufzählung des Art. 2118 C.c., auch die Möglichkeit der hypothekarischen Belastung zugelassen, (236) dabei allerdings lange fälschlicherweise einen Eigentumsübergang angenommen. (237)

Diese Rechtsprechung wurde durch das Gesetz vom 25.6.1902 (238) sanktioniert, dabei aber klar der Charakter des Rechts als bloße Belastung herausgestellt. Art. 1 des Gesetzes bestimmt:

"Le bail emphytéotique confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de 18 années et ne peut dépasser 99 ans; il ne peut se prolonger par tacite reconduction."

- 
- 232) Décret contenant le Code hypothécaire; Art.5-20. Text bei Duvergier aaO. Bd.VIII (1825), S.189 ff.
  - 233) Loi sur le régime hypothécaire Art.6-20; Text bei Duvergier aaO. Bd.XI (1825), S.16 ff.
  - 234) vgl. Ripert-Boulanger aaO.Bd.II Nr.3206; Colin-Capitant aaO. Bd.II Nr.359
  - 235) vgl. etwa Cass.civ. 1.4.1840, S.40.1.433; Cass.civ. 24.8.1857, D.P.57.1.326
  - 236) vgl. Cass.civ. 26.1.1864, D.P.64.1.83 = S.64.1.91
  - 237) so etwa noch Cass.civ. 18.5.1847, D.47.1.176
  - 238) Loi sur le code rural, wie Fn.214

Der Code rural hat diese Bestimmung wörtlich in Art. 937 übernommen.

Die Rechte des Erbpachtberechtigten gehen weiter als die des normalen Pächters und sogar die des Nießbrauchers: er kann z.B. Umbauten vornehmen oder Belastungen jeder Art aufnehmen, überhaupt über sein Recht verfügen, darf aber den Wert der Rechtsobjekte nicht vermindern. Auf der anderen Seite muß er alle Lasten tragen und für die Instandhaltung aufkommen. (239)

Dem heute geltenden deutschen Recht ist die Emphyteuse nicht bekannt. Art. 63 EGBGB kannte allerdings einen diesbezüglichen Vorbehalt zugunsten des Landesrechts, die Bestimmung wurde aber durch KRG Nr. 45 aufgehoben.

### III) Die Verwertungsrechte

Bei den Verwertungsrechten an Grundstücken lassen sich in der Ausgestaltung größere Unterschiede zwischen dem deutschen und dem französischen Recht feststellen. Während auf diesem Gebiet sich das französische Recht ziemlich eng an das römischrechtliche Vorbild angelehnt hat, sind im Recht des BGB unverkennbar starke deutschrechtliche Einflüsse festzustellen.

Als einziges Recht aus der hier behandelten Gruppe ist die Hypothek (240) b e i d e n Rechtsordnungen bekannt; beide haben sie aus dem römischen Recht übernommen, aber doch teilweise recht verschieden ausgestaltet. Das heutige deutsche Recht kennt dagegen nicht mehr - wie das französische - ein dingliches Vorzugsrecht (Privileg) und nicht mehr das Nutzpfund (Antichrese), das französische Recht nicht Grundschild, Rentenschuld und Reallast.

-----  
239) Vgl. zum Ganzen auch Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.1001  
240) Die auch im französischen Recht zugelassenen Schiffs- und Luftfahrzeughypotheken sollen hier außer Betracht bleiben. Sie sind an sich Mobiliarpfandhypotheken, ebenso wie die in Frankreich in zunehmenden Maße geschaffenen "warrants". Vgl. Planiol-Ripert-Becqué aaO. Bd.XII Nr. 254 ff.; auch Mayrhofer, Das Registerpfandrecht in Frankreich, (österr.) JurBl. 1961, S.206 ff.

### a) Hypothek

Das französische Recht unterscheidet - wie das gemeine und die Partikularrechte in Deutschland vor 1900 - nach dem Entstehungsgrund drei Arten von Hypotheken: die vertragliche Hypothek, die Legalhypothek und die richterliche Hypothek (Art. 2116 C.c.). Allerdings ist letztere nach dem Code civil an sich auch nur eine Legalhypothek (240a), da sie nicht durch ausdrückliche Anordnung des Gerichts zur Entstehung gelangt, sondern kraft Gesetzes zugunsten der obsiegenden Partei aus bestimmten gerichtlichen Entscheidungen folgt (Art. 2123 C.c.). Das Gesetz Nr. 55-1475 vom 12.1.1955 (241) brachte aber mit einer Teilreform des Code de procédure civile (Einführung sog. mesures conservatoires) allerdings auch eine echte richterliche Hypothek, die Arresthypothek des Art. 54 n.F. C.proc.civ.; sie unterliegt denselben Regeln wie die übrigen Judikatshypotheken und wird auf Betreiben des Gläubigers gemäß richterlicher Anordnung eingetragen. Diese Hypothek soll letzterem schon vor Durchführung des Prozesses die Möglichkeit des sichernden Zugriffs auf das Grundvermögen des Schuldners geben.

Das heutige deutsche Recht kennt grundsätzlich keine Legalhypothek (242), die Judikatshypothek ist als echte richterliche

-----

240a) über zwei Ausnahmefälle vgl. unten bei Fn.292

241) J.O. 15.11.1955, S.11115 = D.1955.Lég.471 mit ausführlichem Kommentar Giverdon in D.1956.Lég.499. - Art.54 C. proc.civ. heute i.d.F. des Gesetzes vom 6.2.1957 (J.O. 7.2.1957, S.1507 = D.1957.Lég.51), das eine Koordinierung mit den Regeln des Dekrets Nr. 55-22 vom 4.1.1955 über die "publicité foncière" brachte; vgl. dazu Donnier, Réflexions sur l'hypothèque judiciaire conservatoire, D.1961. Chron.79

242) Ausnahmen: § 1287 S.2 BGB und § 848 Abs.2 S.2 ZPO, wo kraft Gesetzes ohne Eintragung eine (Sicherungs-) Hypothek entsteht.

Wegen der Nichtzulassung von Legalhypotheken im deutschen Recht hat auch die Frage, ob bei Maßgeblichkeit franz.Rechts eine Ehefrau auf in Deutschland belegene Grundstücke ihres Mannes eine Legalhypothek haben kann, die internationalprivatrechtliche Lehre und Praxis immer wieder beschäftigt. Die Lösung dieses Problems ist durch die Publizitätsreform von 1955, die auch die Legalhypotheken der Eintragungspflicht und dem Spezialitätsprinzip unterwarf, dem Grundsatz nach nicht erleichtert worden, da es beim

Hypothek ausgebildet, wird also auf Grund richterlicher Anordnung eingetragen. Seine Einteilungen in Brief- oder Buchhypothek,

-----

bisherigen Entstehungsgrund geblieben ist. Auszugehen ist nämlich von dem allgemeinen Grundsatz, daß das Grundgeschäft seinem eigenen Statut unterliegt, während für die dingliche Einwirkung auf das Grundstück die *lex rei sitae* maßgeblich ist. "Ob ein Tatbestand eine Hypothek kraft Gesetzes begründet, ergibt die Rechtsordnung, die den Tatbestand beherrscht. Die dingliche Wirkung tritt aber nur ein, wenn die Hypothek in der vom Sachstatut erfordernten Weise bestellt wird oder das Sachstatut seinerseits einem Tatbestand dingliche Wirkung zugesteht. Umfang und Inhalt der Hypothek bestimmt ausschließlich das Sachstatut". (Frankenstein, IPR, Bd. II, 1929, S. 99). Geht man von der Maßgeblichkeit franz. Rechts für das Grundstatut aus (ob man die Legalhypothek als Ehwirkung qualifizieren soll, wie etwa Frankenstein aaO. S. 100, Dölle in Das intern. Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, 1955, und im Anschluß daran Palandt-Lauterbach, 18. Aufl. Anm. 4 i zu Art. 14 EGBGB, ebenso die französische Praxis, vgl. Batiffol, *Droit international privé*, 1959, Nr. 645 m.w.Nachw., oder als ehgüterrechtliche Auswirkung, wie etwa Kegel in Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl. Bem. 7 zu Art. 15 EGBGB, soll hier nicht untersucht werden), so ergibt sich zunächst, daß eine Legalhypothek nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann, da das deutsche Recht als *lex situs* diese Art Hypothek nicht kennt. Da sie aber nach dem gemäß den deutschen Kollisionsnormen maßgeblichen französischen Recht gegenüber dem Ehemann *ipso iure* besteht und auf die für die Wirksamkeit gegenüber Dritten erforderliche Eintragung der Frau ein Anspruch zugesprochen wird, der ohne Mitwirkung des Mannes realisierbar ist, stellt sich die Frage der (materiellen) Angleichung. Die Prüfung ergibt, daß die Legalhypothek des franz. Rechts streng akzessorisch ist und von der jeweiligen Höhe der Forderung abhängt. Sie entspricht also unserer Sicherungshypothek. Da über deren Entstehen am deutschen Grundstück deutsches Recht entscheidet, kann der Frau nur ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek an einem bestimmten Grundstück und Abgabe der Eintragungsbewilligung durch den Mann zuerkannt werden. Den Anspruch selbst gibt ihr das dem deutschen Sachstatut angepaßte französische Recht als Grundstatut (vgl. Frankenstein aaO. S. 101; Raape, IPR, auch schon in der 3. Aufl., S. 407 f.; etwas irreführend Dölle aaO., S. 89, der, wenn er schreibt, daß das (deutsche) Sachstatut eine Legalhypothek nicht zuläßt, wohl das hier gefundene Ergebnis nicht ablehnen will). Zum umgekehrten Fall (Legalhypothek an franz. Grundstück bei deutschem Ehwirkungsstatut) vgl. Batiffol in Festschrift für Ernst Rabel Bd. 1, 1954, S. 591 ff.

in Verkehrs- oder Sicherungshypothek ist wiederum dem französischen Recht unbekannt; der Code civil kennt keinen Hypothekenbrief, (243) seine Hypothek ist, an den Begriffen des deutschen Rechts gemessen, Sicherungshypothek.

Beiden Rechtsordnungen ist dagegen das Begriffspaar Einzelhypothek - Gesamthypothek bekannt. Der Normalfall der vertraglichen Hypothek ist in beiden Rechtsordnungen der der Einzelhypothek: belastet wird e i n Grundstück, das einem Alleineigentümer gehört. In beiden Rechtsordnungen ist aber auch die Gesamthypothek als Sicherung e i n e r Schuld durch mehrere Grundstücke oder Grundstücksteile zugelassen, wobei jedes Grundstück bzw. jeder Grundstücksteil für die ganze Forderung haftet (vgl. § 1132 Abs.1 S.1 BGB). Für das französische Recht ergibt sich dies aus Art.2114 Abs.2 C.c.:

"Elle (die Hypothek) est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun ou sur chaque portion de ces immeubles".(244)

Das in § 1132 Abs.2 BGB dem Gläubiger eingeräumte Recht, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke so zu verteilen, daß jedes nur für den Teilbetrag haftet, ist im Code civil nicht vorgesehen. Da aber die Unteilbarkeit nicht unbedingtes Bestandserfordernis, sondern nur normales Kennzeichen der Hypothek ist, (245) wird von der Praxis ein - auch stillschweigender - Verzicht des Gläubigers auf die grundsätzliche Unteilbarkeit der Hypothek zugelassen. (246)

Nicht bekannt ist dem deutschen Recht die Unterscheidung von Generalhypothek und Spezialhypothek.

-----

243) Über die kurz nach der Revolution durch das Gesetz vom 9 messidor an III eingeführten *cédules hypothécaires* s. unten S.86 f.

244) Vgl. dazu auch Planiol-Ripert-Becqué aaO. Bd.XII Nr.340

245) Planiol-Ripert-Becqué aaO. Nr.342 drücken das folgendermaßen aus: "L'indivisibilité est seulement de la nature de l'hypothèque, mais non de son essence".

246) Planiol-Ripert-Becqué aaO. mit Nachweisen.

Die Generalhypothek - als solche sind im französischen Recht Legal- und Judikatshypothek ausgebildet - lastet auf allen Grundstücken des persönlichen Schuldners, aber auch nur auf diesen; sie erstreckt sich auch auf die in der Zukunft in sein Vermögen fallenden Liegenschaften (Art. 2122 C.c. in alter wie neuer Fassung). Die Generalhypothek verlangt also Identität der Forderung sowie Identität des persönlichen Schuldners und des Eigentümers der belasteten Grundstücke, während die Gesamthypothek nur eine einheitliche Forderung zur Bedingung hat, bei ihr also die Haftungsobjekte nicht im Eigentum des persönlichen Schuldners stehen müssen.

Ein weiterer Unterschied zur Gesamthypothek ist der, daß die Generalhypothek im Prinzip notwendig *a l l e* Grundstücke des Schuldners umfaßt, während erstere sich auf einige bestimmte Grundstücke beschränken kann. Auch die Gesamthypothek ist also wie die Einzelhypothek, Spezialhypothek, d.h. sie erstreckt sich nur auf die jeweils bezeichneten Grundstücke. (247)

Auch bei der Generalhypothek kann der Gläubiger wählen, in welches Grundstück er vollstrecken will. (248) Sie gleicht damit der Gesamthypothek. Ob man dem Gläubiger die Bildung einer Verteilerhypothek ermöglichen will, ist nicht ersichtlich, wird aber wohl auch hier in Anlehnung an die Regelung bei der Gesamthypothek zugelassen werden müssen; Bedenken aus der teilweise bestehenden Unbestimmtheit der Forderung, für die die Generalhypothek, vor allem bei der Legalhypothek der Geschäftsbeschränkten, besteht, entfallen, da bei einer Verteilung, die häufig erst bei Vollstreckung vorgenommen wird, die Höhe der Forderungen notwendig bekannt sein muß.

In den Grundmerkmalen stimmen aber alle drei Hypothekenarten des französischen Rechts unter sich und mit der Hypothek

-----  
247) Planiol-Ripert-Becqué aaO. Bd. XIII, Nr.996 und 999 bezeichnen die Gesamthypothek daher als *hypothèque spéciale multiple* oder *plurale*.

248) Vgl. etwa Cass.civ. 9.5.1905, D.P.1909.1.225. mit Kommentar de Loynes.

des deutschen Rechts überein: sie sind alle grundsätzlich akzessorisch, d.h. ihr Entstehen und Bestehen ist vom Vorhandensein einer Forderung abhängig, (249) und alle sind mit dem "droit de préférence" (Vorzugsrecht) (Art.2094 C.c.) und dem "droit de suite" (Folgerecht) ausgestattet (ausdrücklich erwähnt in Art.2114 C.c.: "Elle (l'hypothèque) les suit dans quelques mains qu'ils passent", nämlich die Grundstücke); damit hat die Hypothek den Charakter eines dinglichen Rechts, das sich von den "ursprünglichen" dinglichen Rechten nur dadurch unterscheidet, daß sie nicht eine "Abspaltung" gewisser Befugnisse vom Eigentum darstellt, sondern eine Belastung des Eigentums oder eines dieser Eigentumssplitter darstellt, sozusagen eine Verpfändung dieses Rechts (nicht der Sache selbst).

#### 1) Die vertragliche Hypothek

Wie schon angedeutet, entspricht die vertragliche Hypothek des französischen Rechts, mit Begriffen des deutschen Rechts gemessen, der Sicherungshypothek. Diese unterscheidet sich nach dem BGB von der Verkehrshypothek, dem Haupttyp der vertraglich begründeten Hypothek, dadurch, daß das Recht, das der Gläubiger aus der Hypothek hat, sich n u r nach der Forderung richtet, wie sie ist, nicht, wie sie buchmäßig zu sein scheint; der Gläubiger kann sich zum Beweis der Forderung nicht auf die Eintragung berufen (§ 1184 BGB), während bei der Verkehrshypothek das Bestehen der Forderung vermutet und zugunsten gutgläubiger Dritter fingiert wird, wenn die Forderung eingetragen ist (§§ 1138, 1155, 891, 892 BGB).

-----

249) Trotzdem kann im deutschen Recht eine Hypothek ohne Forderung als Eigentümerhypothek bestehen, § 1163 Abs.1, S.1 und 2; sie ist allerdings meist Eigentümergrundschuld, § 1177. Das geltende französische Recht kennt, vom Grundsatz der strengen Akzessorietät herkommend, eine hypothèque sur soi-même nicht. Diese Institution tauchte in Frankreich allerdings ganz kurzzeitig unter der Herrschaft des Gesetzes 9 messidor an III (s.Fn.228) auf (Kap.II, De l'hypothèque sur soi-même, Art.36-83): jeder Eigentümer konnte eine Eigentümerhypothek bis zur Höhe von  $\frac{3}{4}$  des Grundstückwertes aufnehmen und dafür "cédulas hypothécaires" (indossables Wertpapier) ausgeben. (Vgl.dazu

Nach französischem Recht hat der Hypothekengläubiger ebenfalls - und immer - den Bestand sowohl der Forderung als auch der Hypothek zu beweisen. Die Eintragung im Inskriptionsregister genoss und genießt auch nach der Reform von 1955 keinen öffentlichen Glauben wie das deutsche Grundbuch, es besteht nicht einmal die Vermutung für ihre Richtigkeit.

Die deutsche Sonderform der Sicherungshypothek, die Höchstbetragshypothek, (Sicherung einer Forderung bis zu einer bestimmten Höchstgrenze, Belastung aber von jeweiligen Höhe abhängig, § 1190 BGB), ist im Code civil nicht ausdrücklich erwähnt, eine solche Ausbildung einer vertraglichen Hypothek wird aber zugelassen. (250)

Schon aus der Stellung der französischen Hypothek als reiner Sicherungshypothek ergibt sich, daß auch eine Briefhypothek in Frankreich nicht zugelassen sein kann, da die Ausbildung der Briefhypothek notwendig gewisse Abstriche vom Grundsatz der Akzessorietät erfordert. (251) Die Nichtzulassung der Briefhypothek hat aber auch noch andere Gründe:

Dadurch, daß sowohl zum erstmaligen als auch zu jedem wei-

-----

unten Kap.2, C 2b; Planiol-Ripert-Becqué Bd. XII Nr.332). Heute erreicht man den damit verfolgten Zweck der Rangwahrung mit der Vereinbarung, daß der Eigentümer später eine vor- oder gleichrangige Hypothek bestellen kann (clause d'antériorité oder de concurrence); vgl.Planiol-Ripert-Becqué Bd. XII Nr.334.

250) Vgl. Cass.civ. 3.2.1937, D.H.1937, 177; vgl. auch Chavanne, Rép.dr.civ. Dalloz, Stichw. compte, Nr.43

251) In Elsaß-Lothringen wurde die Verkehrshypothek bei Wiedereinführung des französischen gemeinen Rechts im Jahre 1924 ebenso wieder abgeschafft wie die Eigentümerhypothek und die Grundschuld. Vgl.Planiol-Ripert-Becqué aaO. - Dieser Grundsatz wird auch nicht durch die schon lange zugelassene, durch Art.60 des Dekrets Nr. 55-1350 vom 14.10.1955 (abgedruckt bei Art.2203 im Petit Code civil Dalloz 1960) ausführlich geregelte Möglichkeit eingeschränkt, für die gesicherte Forderung Inhaber- oder Orderpapiere auszugeben, deren Begabe die entsprechende hypothekarische Sicherung mitüberträgt. Dies ist nur eine Auswirkung des Akzessorietätsgrundsatzes. Näheres bei Ripert - Boulanger Bd.III Nr. 534 und in Art.60 des genannten Dekrets.

teren Erwerb dieser Hypothek im deutschen Recht die Übergabe (oder beim Ersterwerb ein Übergabesurrogat, nämlich die Vereinbarung, daß sich der Gläubiger den Brief vom Grundbuchamt aushändigen lassen kann, § 1117 Abs.2 BGB) des Hypothekenbriefes erforderlich ist, erfüllt der Brief eine gewisse Schutzfunktion zugunsten des Grundstückseigentümers. Dieser kann sich nämlich gegen vorzeitige Verfügungen des Buchgläubigers, der zwar schon eingetragen ist, aber die Hypothek mangels Valutierung der Forderung in Wirklichkeit noch nicht erworben hat, dadurch schützen, daß er den Brief nur Zug um Zug gegen die Erbringung der vereinbarten Leistung aushändigt (Ausschaltung des § 1138 BGB; §§ 1154, 1163 BGB). Eine solche Schutzfunktion ist bei dem geltenden französischen Registersystem, das keinen öffentlichen Glauben genießt, nicht denkbar; ein Brief ist für den Schutz des Eigentümers gar nicht erforderlich, weil die Hypothek in Frankreich auch für gutgläubige Dritte immer vom Bestehen der zugrundeliegenden Forderung abhängt. (252)

Der weitere mit der Schaffung des Instituts der Briefhypothek erstrebte Zweck, nämlich die Erhöhung der Umlauffähigkeit der Hypothek, durch Vereinfachung der Verfügungsmöglichkeiten, damit die "Mobilisation des Bodens", ist in Frankreich seit jeher ein umstrittenes Thema gewesen. Das schon mehrfach erwähnte Gesetzesdekret vom 9 messidor an III (27.6.1795) (253) hatte - trotz starker Bedenken (254) - die "cédoules hypothécaires" eingeführt. Der Eigentümer konnte sein Grundvermögen bis zu  $\frac{3}{4}$  seines Wertes (255) mit einer Eigentümerhypothek

252) Vgl. Blanke aaO. S.23/24.

253) Vgl. Fn. 228 und 249.

254) Vgl. die Nachweise bei Sagnac, La législation civile de la Révolution française, thèse Paris 1898, S.206/207.

255) Dieser wurde in einer durch ein Gesetz vom gleichen Tag geregelten Grundvermögenserklärung festgestellt. Für die Richtigkeit der Wertangabe haftete der Hypothekenbewahrer, der dafür aber nicht ausreichende Kontrollbefugnisse hatte, sondern bei Zweifeln höchstens eine Expertise einholen konnte.

belasten und sich für diese dann vom Hypothekenbewahrer einen oder mehrere solcher "Hypothekenzettel" ausgeben lassen, die auf Order gestellt und wie Wechsel durch Indossament übertragbar waren, allerdings grundsätzlich keinen Rückgriff gegen den Indossanten zuließen. Sie glichen damit in gewisser Weise den Assignaten der damaligen Zeit, die die "biens nationaux" als Haftungsgrundlage hatten und derselben Absicht des damaligen Gesetzgebers entsprangen, nämlich den Umlauf von sicheren Wertpapieren zu erhöhen, (256) und hatten starke Ähnlichkeit mit dem in Preußen durch Gesetz vom 5.5.1872 eingeführten Grundschuldbrief.

Die Nachteile dieses Systems, die in der Bewertungsmethode lagen, gaben dem Institut keine sehr große Verbreitung. (257) Anscheinend hatte gerade dieser Umstand auch zu Mißständen geführt, so daß diese Institution weder in das Gesetz 11 brumaire an VII (258) noch in den Code civil aufgenommen wurde. Trotzdem wurden die "cédules hypothécaires" immer wieder diskutiert und ihre Wiedereinführung in verbesserter Form vorgeschlagen; (259) heute scheinen sie allerdings nicht mehr

-----

- 256) Näheres bei Baudry-Lacantinerie et de Lõynes aa0. Bd.I, Introduction, S.XXVIII ff.; Sagnac aa0.; Guillouard, La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil, Livre du centenaire, Bd.I, S.418; Cazenavette, Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois des 9 messidor an III et 11 brumaire an VII, thèse Toulouse 1898. S.auch Hedemann aa0. II Teil 1, S.95
- 257) Man glaubte lange, daß das ganze Gesetz nie angewandt worden sei (s. Baudry-Lacantinerie et de Loynes aa0.; Besson, Des livres fonciers et de la réforme hypothécaire, Paris 1891, Sagnac aa0.) und es ist wahrscheinlich auch nie offiziell in Kraft getreten, es hatte aber, vor allem im Norden und Nordosten Frankreichs, eine gewisse Verbreitung gefunden (vgl. Rapport Challamel, Procès-verbaux de la commission extraparlamentaire du cadastre, fasc. V, S.519 mit Nachweisen, auch Baudry-Lacantinerie et de Loynes aa0.)
- 258) s. oben Fn. 229
- 259) So etwa ein Teil der franz.Gerichtshöfe in der Enquête von 1841, s. unten Kap. II CIIc1, auch die Commission extraparlamentaire du cadastre, s.Kap.II CIIId und Guillouard aa0.

ernsthaft im Gespräch zu sein, obwohl es, zumindest bis zur Reform von 1955, aber auch heute noch, um den Grundkredit in Frankreich schlecht bestellt war und ist. Allerdings besteht, vom rein rechtlichen her gesehen, in Frankreich kein so großes Bedürfnis für die Schaffung einer Briefhypothek wie im deutschen Recht, da zur Übertragung der Forderung und damit der Hypothek eine Registereintragung im Verhältnis Zedent-Zessionar und Zessionar-Eigentümer nicht erforderlich ist und der Erwerber im Verhältnis zu Dritten auch ohne Eintragung denselben Rang erhält wie sein Vordermann.

Für die Bestellung einer Hypothek ist im französischen Recht zwingend die notarielle Beurkundung vorgeschrieben (Art. 2127 C.c.).(259a) Bei Nichteinhaltung dieser Form ist

-----

259a) Zur Vorgeschichte dieser Norm vgl. Baudry-Lacantinerie et de Loyne aaO. Einl. S.XXI. Nach dem vom C.c. übernommenen Art.9 des Notariatsgesetzes vom 25 ventöse an XI (16.3.1803) war die Anwesenheit eines zweiten Notars oder zweier Zeugen erforderlich. Ein Änderungsgesetz v. 12.8.1902 hat dieses zusätzliche Erfordernis für die Hypothekenbestellung aufgegeben, ohne den Text des Art. 2127 C.c. ausdrücklich zu ändern. - Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang die Weitergeltung der als materiellrechtlich zu qualifizierenden Vorschrift des Art.2128 C.c., die den im Ausland aufgenommenen Urkunden über eine Hypothekenbestellung an einem franz. Grundstück vorbehaltlich abweichender Bestimmung durch Gesetz oder Staatsvertrag die Wirksamkeit versagt, im Hinblick auf Art.4 Abs.3 des Dekrets vom 4.1.1955 (heute i.d.F. des Dekrets Nr.59-89 v.7.1.1959, Gaz.Pal.1959 I Lég.172), wo die Publizierung auch auf Grund im Ausland erstellter öffentlicher Urkunden für zulässig erklärt wird, falls sie legalisiert und den Urkunden eines franz. Notars gleichwertig sind. Da Art.2128 C.c. aber nicht ausdrücklich aufgehoben wurde, ist von seiner Weitergeltung auszugehen: die Hypothekenbestellung selbst ist grundsätzlich nur in Frankreich möglich. Art.4 Abs.3 des Dekrets vom 4.1.1955 hat auf dem Gebiet der vertraglichen Hypothek nur da Bedeutung, wo, wie im Verhältnis zu Italien und Belgien (Nachw. bei Ripert-Boulanger Bd.III Nr.536 Fn.1), die ausländischen Notare den französischen gleichgestellt sind und auch die Beurkundung der Hypothekenbestellung vornehmen können; auf Grund einer solchen Urkunde kann dann nach der erwähnten Bestimmung die Eintragung erfolgen. Vgl. dazu Ripert-Boulanger aaO. Nr.563. Bei den Reformen von 1850 war die Aufgabe des Art.2128 C.c. geplant. Der Umsturz vom Dezember 1851 verhinderte aber die Verwirklichung dieser Pläne. Vgl. dazu Grassat aaO. Kap.III Nr.73. So auch die Katasterkomm.;s.Fn.665

die Hypothekenbestellung unwirksam, die Form ist Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestands.

Die Strenge dieser Formvorschrift ist allerdings durch die Praxis so weitgehend aufgelockert worden, daß sie heute nicht mehr bedeutet als der seit der Reform von 1955 (Art. 1 und 4. der Gesetzesverordnung vom 4.1.1955) eingeführte Beurkundungszwang für alle zu publizierenden Akte. So ist zur Erfüllung der Vorschrift des Art. 2127 C.c. schon lange zugelassen, daß die Parteien oder auch nur der Grundstückseigentümer den privatschriftlichen Vertrag beim Notar hinterlegen, und es reicht auch aus, daß allein der Grundstückseigentümer seine Erklärung notariell beurkunden läßt, während die Annahme durch den Gläubiger formlos erfolgen kann, auch durch konkludentes Handeln, etwa durch Antrag auf Eintragung der Hypothek. (259b)

Im deutschen Recht kann die dingliche Einigung nach dem materiellen Recht formlos erfolgen, das formelle Liegenschaftsrecht (§ 29 GBO) führt aber dazu, daß praktisch alle dinglichen Rechtsgeschäfte öffentlich beurkundet werden.

Bei der Hypothekenbestellung (nicht nur bei der seit jeher vorgeschriebenen "inscription") hat der Code civil außerdem - wie das BGB in § 1113 Abs. 1 - schon in der Urfassung materiellrechtlich das (doppelte) Spezialitätsprinzip durchge - führt: sowohl die gesicherte Forderung als auch die belasteten Grundstücke müssen genau bezeichnet sein, soll die Hypothek gültig entstehen (Art. 2129 alter wie neuer Fassung, Art. 2132 C.c.). Für die Forderung gilt allerdings in beiden Rechten, daß sie bedingt sein kann oder erst in der Zukunft entsteht (Art. 2132 2. Hälfte C.c., § 1113 Abs. 2 BGB). Für die Spezialität hinsichtlich der Haftungsobjekte hat der Code civil einige Ausnahmen gemacht, die den gesetzten Grundsatz fast völlig aufweichen: zwar gilt zunächst die Regel "les

-----

259b) Vgl. Ripert-Boulanger Bd. III Nrn. 529 ff m.w. Nachw., auch aus der Rechtsprechung.

biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués" (vor 1955 Art. 2129 Abs.2, jetzt Art. 2130 C.c.), falls aber das jetzige(unbelastete) Grundvermögen des Schuldners zur Sicherung nicht ausreicht, kann dieser die Belastung künftig in sein Vermögen fallender Grundstücke bewilligen (Art. 2130 a.F., 2130 Abs.2 n.F. C.c.). Ebenso kann der Gläubiger im Fall der Verschlechterung oder des teilweisen Untergangs des Haftungsobjekts die Ausdehnung der Sicherung verlangen (Art. 2131 C.c.), die dann meist gemäß Art. 2130 C.c. auf "zukünftige" Grundstücke geht. Allerdings wird bei der zur Wirkung gegen Dritte jeweils erforderlichen Eintragung die Spezialisierung verlangt.(259c)

Aus der Akzessorietät der Hypothek folgt, daß sie grundsätzlich nur zusammen mit der gesicherten Forderung, die Forderung aber auch nur mit ihr übertragen werden kann (Art.1692 C.c., §§ 401 und 1153 Abs.2 BGB).

Aus eben diesem Prinzip der vollen Akzessorietät, das für die Hypothek des französischen Rechts gilt und kein Eigentümergrundpfandrecht zuläßt, ergeben sich auch Unterschiede für das Erlöschen der Hypothek.

Art. 2180 Abs.1 C.c. zählt als Erlöschenegründe auf:

1. Das Erlöschen der gesicherten Forderung;
2. Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek;
3. Durchführung des Reinigungsverfahrens (purge)  
durch den Grundstückserwerber;
4. Verjährung. (260)

Daraus ergeben sich zwei Gruppen von Erlöschenstatbeständen: die "extinction par voie de conséquence" (das Erlöschen der gesicherten Forderung zieht das Erlöschen der Hypothek nach sich) und die "extinction par voie principale" (Erlöschen nur der Hypothek durch Verzicht, Reinigungsverfahren, Verjährung). Diese Gruppen lassen sich auch im deutschen Recht

-----

259c) Vgl. Req. 4.3.1902, D.P.1902.1.214

260) Diese ist im französischen Recht rechtsvernichtend.

bilden, nur erlischt die Hypothek in aller Regel, insbesondere beim Erlöschen der Forderung und beim Verzicht auf die Hypothek nicht, sondern geht auf den Eigentümer über und wird Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs.1 S.2, 1168 Abs.1, 1177 Abs.1 BGB). Dadurch bleibt dem Eigentümer die Möglichkeit erhalten, die günstige Rangstelle für eine neue Beleihung zu verwerten.

Allerdings kann auch im deutschen Recht die Hypothek untergehen: dies ist zunächst der Fall bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung gemäß § 1183 BGB. Dazu genügt allerdings nicht, wie bei der Aufhebung anderer Liegenschaftsrechte, die einseitige Aufgäbeerklärung des Hypothekars, die Löschung und die Zustimmung von eventuell an der Hypothek dinglich Berechtigten, vielmehr muß die (ebenfalls einseitige) Zustimmung des Grundstückseigentümers hinzukommen. Dies ist vor allem wichtig, wenn der Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, da ihm nicht einseitig die Möglichkeit der Ausnutzung seiner Rangstelle genommen werden soll.

Der hauptsächliche Erlöschensgrund des deutschen Rechts, die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (§ 1181 BGB), die zum Verbrauch des Verwertungsrechts des Gläubigers führt (das damit gleichzeitig herbeigeführte Erlöschen der Forderung hat diese Wirkung, jedenfalls bei der Verkehrshypothek, ja nicht), ist im Code civil als selbstverständlich nicht eigens aufgeführt, wegen der Ausgestaltung als Sicherungshypothek auch nicht nötig, da gleichzeitig die Forderung erlischt und damit die Hypothek untergeht.

Dagegen ist dem BGB der dritte der in Art. 2180 C.c. aufgeführte Erlöschensgrund, das Reinigungsverfahren (purge, Art. 2181 ff. C.c.), (261) nicht bekannt. Dieses Verfahren gibt dem

---

261) Näheres bei Ripert-Boulanger aaO. Bd.III Nr. 939 ff., wo auch der Rechtszustand vor der Reform von 1955 berücksichtigt ist.

Erwerber eines Grundstücks oder eines dinglichen Rechts die Möglichkeit, dieses von allen auf ihm lastenden Privilegien und Hypotheken (262) dadurch zu befreien, daß er den Erwerbsvorgang eintragen läßt und den Gläubigern den Kaufpreis zur Befriedigung anbietet (Art. 2184 C.c.). Mit Auszahlung der Summe an die Gläubiger (nicht schon mit der Annahme des Angebots) erlöschen alle Belastungen des Grundstücks (Art. 2186 C.c.).

Hält ein Gläubiger den angebotenen Betrag, also den Kaufpreis, für zu niedrig, so kann er die Versteigerung des Grundstücks beantragen (Art. 2185 C.c.). Voraussetzung dafür ist aber, daß er ein um mindestens  $\frac{1}{10}$  über dem vom Erwerber zur Befriedigung angebotenen Kaufpreis liegendes Mindestgebot abzugeben sich verpflichtet (Art. 2185 2<sup>o</sup> C.c.).

Der Grundstückserwerber kann so den Gläubigern eine vorzeitige Tilgung aufzwingen, die u.U. weniger Mittel erfordert, als die normale Rückzahlung der dinglichen Lasten: der Käufer braucht nur den Kaufpreis anzubieten, der niedriger sein kann als die Summe dieser Belastungen. Begnügen sich die Gläubiger damit, weil sie das Risiko eines Höhergebots nicht eingehen wollen, so erlöschen die Belastungen. Auf der anderen Seite geht der Käufer allerdings auch das Risiko ein, das erworbene Grundstück bei der Versteigerung zu verlieren oder zumindest

-----

- 262) Für die bis zur Reform von 1955 nicht eintragungspflichtigen Legalhypotheken waren besondere Regeln aufgestellt (Art. 2193 - 2195 C.c., aufgehoben durch das Gesetzesdekret vom 4.1.1955). Gerade bei ihnen war die purge von großer Bedeutung, da ihr Umfang völlig verborgen blieb. Die übrigen Hypotheken, auch die Judikatshypotheken, mußten schon nach der Urfassung des C.c. eingetragen werden, um Dritten entgegengehalten werden zu können. Waren sie eingetragen, wußte der Erwerber um die Belastung und konnte sich danach richten, waren sie es nicht, hatte er nichts zu befürchten, soweit er sich selbst eintragen ließ, da der nichteingetragene Gläubiger nicht gegen ihn vorgehen konnte.

einen höheren Preis dafür anlegen zu müssen, wenn er es selbst ersteigern will.

Seit der Reform von 1955 spielen diese Fragen allerdings praktisch wohl keine große Rolle mehr. Alle Belastungen (außer den Privilegien für Gerichtskosten, die meist nicht allzu hoch sind, und für Dienstlohn, Art. 2104 C.c.) müssen, um gegen den Erwerber Geltung zu haben, eingetragen sein. Er kann also seinen Kaufpreis danach bemessen, wie hoch die Grundstücksbelastungen sind. Nur für den Vorteil einer vorzeitigen Tilgung wird er das Risiko des Verlustes des Grundstücks oder der Zahlung eines höheren Kaufpreises kaum eingehen.

Ein Erlöschen der Hypothek durch Verjährung derselben unabhängig von der Forderung gibt es nach dem Recht des BGB grundsätzlich nicht. Eine solche läßt sich nur denken, wenn persönlicher und dinglicher Schuldner auseinander fallen, wie der Code selbst deutlich macht, indem er in Art. 2180 Abs.2 zunächst von der Verjährung für den Fall spricht, daß sich das Grundstück in seinen Händen befindet: hier gibt es nur Verjährung mit der Forderung (30 Jahre, Art. 2262 C.c.). Nur im Falle des Absatz 3 von Art. 2180 C.c., wenn also das Grundstück an einen Dritten veräußert wurde, ist eine selbständige Verjährung möglich, und zwar nach den Regeln über die Ersitzung des Eigentums, also bei rechtmäßigem Titel und gutem Glauben, der stets vermutet wird (Art. 2269 C.c.) in 10 bzw. 20 Jahren (Art. 2265 C.c.) (263), sonst in der normalen Verjährungszeit. Ob hier eine echte Verjährung (prescription extinctive) oder eine Ersitzung (prescription acquisitive) vorliegt, ist umstritten, hat aber keine praktische Bedeutung. Ersteres ist anzunehmen, da Art. 2280 Abs.3 nur auf die Voraussetzungen des Art. 2265 C.c. verweist, in den Auswirkungen aber eine

-----

263) Welche Frist gilt, hängt davon ab, ob der wahre Eigentümer im Bezirk des Appellhofs der Belegenheit des Grundstücks wohnt (10 Jahre) oder nicht (20 Jahre).

Rechtsvernichtung herbeiführt. (264)

Das deutsche Recht läßt eine Verjährung des dinglichen Rechts nicht zu (§ 902 BGB); eine Hypothek besteht also weiter und kann auch weiter geltend gemacht werden, wenn die zugrundeliegende Forderung verjährt ist. Nur wenn sie zu Unrecht gelöscht worden ist, so erlischt das Recht, wenn der Anspruch des Berechtigten, also die Forderung, gegen den Eigentümer verjährt ist (§ 901 BGB).

Praktisch dieselben Folgen wie die Verjährung der Hypothek hat im französischen Recht das Unterlassen der Erneuerung der Einschreibung. Art. 2154 bestimmt:

"Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années à compter du jour de leur date: leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai".

Diese Regelung geht auf Art. 23 des Gesetzes vom 11 brumaire an VII zurück, wurde vom Code civil übernommen und auch bei der Reform des Publizitätswesens von 1955 beibehalten. Die Erneuerung ist mit dem in Frankreich auch heute noch geltenden System der personalen Publizität (Verlautbarung des Rechtsvorgangs in zeitlicher Reihenfolge, gleichzeitig Führung eines alphabetisch geordneten Eigentümerverzeichnisses, im Gegensatz zum deutschen System der Publizität mit Hilfe des Grundstücks selbst) eng verbunden. Die Kenntnis der Belastungen war und ist im Prinzip heute noch von der Kenntnis der Reihe der Eigentümer abhängig. Die Verjährung ist nicht geeignet, der Suche aller Voreigentümer eine zeitliche Grenze zu setzen, weil sie zum einen an verschiedenen lange Fristen gebunden ist und zum anderen ihr Lauf unterbrochen oder gehemmt werden kann. Der Gesetzgeber hat daher die zehnjährige Erneuerung der Eintragung als geeignetes Mittel befunden, die Nachteile dieses Publizitätssystems wenigstens teilweise auszuschließen. (265)

-----

264) Vgl. dazu Ripert - Boulanger aaO. Bd.III Nr. 609 m.w. Nachw.

265) Vgl. Ripert - Boulanger aaO. Bd.III Nr. 423.

Bei Nichterneuerung innerhalb der Frist verliert nur die Eintragung ihre Wirkung, die Hypothek selbst bleibt bestehen, und der Gläubiger kann nach dem Ablauf der Frist eine neue Eintragung veranlassen. Tut er das nicht, so entfaltet das Recht Dritten, die ein konkurrierendes Recht haben eintragen lassen, gegenüber überhaupt keine Wirkung. Wird eine neue Eintragung vorgenommen, so geht sie allen vor der erneuten Eintragung eingeschriebenen Sicherungsrechten nach. Ist das Grundstück in der Zwischenzeit veräußert und diese Veräußerung eingetragenen worden, so ist die Neueintragung überhaupt wirkungslos, "l'hypothèque ne peut plus être opposée aux tiers". (266)

Diese Eintragungserneuerung ist zur Wahrung der Rechte der Hypothekengläubiger solange nötig, bis die Hypothek den vorgesehenen Zweck erreicht hat, also die Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt. Das war auch schon vor der Gesetzesverordnung vom 4.1.1955, die eine positive Regelung brachte, allgemein anerkannt. Streit bestand nur, wann dies der Fall ist. Für den Fall der Zwangsversteigerung hatte sich die Rechtsprechung nach langem Schwanken auf den Zeitpunkt festgelegt, wo das Grundstück aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet, also auf den Tag der Eintragung der zuerkennenden Entscheidung (jugement d'adjudication), d.h. des Zuschlags. (267)

Bei der freiwilligen Befriedigung aus dem Grundstück, also im Fall der "purgé", wurde als maßgeblicher Zeitpunkt der des nach Transkription des Erwerbs erfolgenden Angebots des Erwerbers an die Gläubiger (Art. 2184 C.c.) angenommen, weil damit das Grundstück als Haftungsgegenstand aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet und im Fall der Annahme seitens der Gläubiger nunmehr persönliche Forderungen gegen den Erwerber bestehen. (268)

-----  
266) Vgl. Ripert - Boulanger aaO. Nr.429

267) Cass.4.5.1891, D.92.1.9 = S.91.1.373

268) Vgl. Cass. 21.3.1848, D.48.1.117; 19.7.1858, D.58.1.345  
= S. 59.1.23

Trotzdem bürgerte sich die Praxis ein, sicherheitshalber bis zur tatsächlichen Auszahlung eine Erneuerung der Eintragung vorzunehmen. Diese Praxis hat das Gesetzesdekret vom 4.1. 1955 durch die Einfügung des Abs.2 in Art. 2154 C.c. sanktioniert. Der "effet légal" der Hypothek wird nicht mehr für maßgeblich gehalten, sondern der Zeitpunkt, in dem der die Schuldsumme bezahlt oder hinterlegt ist.

Für gewisse Bodenkreditinstitute bestehen Ausnahmen von der Erneuerungspflicht, so insbesondere für den *Crédit foncier de France*. (269)

## 2) Legalhypotheken

Art. 2117 Abs.1 C.c. definiert:

"L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi".

Damit ist gesagt, daß diese Hypothek kraft Gesetzes, ohne jegliche rechtsgeschäftliche Erklärung der Parteien entsteht, wenn gewisse Rechtsbeziehungen vorliegen. Man nannte sie daher früher "hypothèque tacite", dieser Ausdruck ist aber nicht ganz treffend, da es noch andere ipso iure entstehende dingliche Belastungen, nämlich die Judikathypothek und die Immobilienprivilegien gibt, die in Wahrheit auch nur besonders ausgestaltete Legalhypotheken sind. (270)

Im Gegensatz zu den Vorzugsrechten, die in der Regel wegen der besonderen Art der Forderung begründet werden, ohne auf die Person des Gläubigers abzustellen, bestehen die Legalhypotheken - jedenfalls in den im Code aufgezählten Hauptformen - zugunsten gewisser Personengruppen wegen ihrer besonderen rechtlichen Situation oder wegen der Natur der zwischen ihnen und dem Schuldner bestehenden Rechtsbeziehungen. Die Legalhypothek ist also in erster Linie personenbezogen, das Vor-

269) Art.47 des Dekrets vom 28.2.1852. Übersicht bei Planiol-Ripert-Bedqué Bd. XIII Nr. 840 u.841; jetzt aufgeführt in Art.2 des Dekrets Nr. 55-1683 vom 30.12.1955, J.O. 31.12.1955, S. 12803 = D.S.1956. 30

270) Vgl. Ripert - Boulanger Bd.III Nr. 677.

zugsrecht forderungsbezogen. (271)

Art. 2121 C.c. zählte zunächst nur drei Legalhypotheken auf, wovon die beiden wichtigsten die der Ehefrau und die des Mündels sind. Schon in der Urfassung war auch die Legalhypothek des Staates, der Gemeinden und sonstigen Anstalten des öffentlichen Rechts (272) auf die Grundstücke ihrer Steuereinnahmer und rechnungslegungspflichtigen Beamten aufgeführt. Die Neufassung dieser Bestimmung durch die Ordonnanz Nr.59-71 vom 7.1.1959 (273) erwähnt darüber hinaus ausdrücklich die den Vermächtnisnehmern in Art. 1017 C.c. zugesprochene Legalhypothek auf den Nachlass. Hierdurch wurden außerdem für die in Art. 2101 unter den Nummern 2, 3, und 5 bis 8 erwähnten, dort durch Mobilienvorzugsrechte gesicherte Forderungen Legalhypotheken eingeführt; es sind dies die Begräbniskosten, die Kosten der letzten Krankheit, die Rückstände aus der Lieferung von lebenswichtigen Waren, die Forderungen des Unfallgeschädigten oder seiner Rechtsnachfolger wegen Arzt-, Arzneimittel- und evtl. Begräbniskosten und wegen Lohnausfalls, die nach dem Gesetz vom 11.3.1932 gewissen Arbeitern und Angestellten seitens der Familienausgleichskassen und ähnlicher Institutionen geschuldeten Mietbeihilfen, und schließlich die Forderungen eben dieser Institutionen gegen ihre Mitglieder. (274)

Daneben gibt es außerhalb des Code noch eine Reihe von Einzelvorschriften, die ausdrücklich eine Legalhypothek begründen,  
-----

271) Kritisch in dieser Unterscheidung Planiol-Ripert-Becqué Bd. XII Nr.5.

272) Das Reformdekret vom 4.1.1955 zählte dazu ausdrücklich die Departements, die aber schon seit dem Dekret vom 9.4.1811, das ihnen die Rechtspersönlichkeit und damit die Möglichkeit, eigenes Vermögen zu haben, verlieh, dieses Vorrecht genossen.

273) J.O. 8.1.1959, S.556 = Gaz. Pal. 1959. 1:145 = D.1959. 234.

274) Diese Privilegien entbehren seit Einführung des Code de sécurité sociale teilweise ihrer Grundlage, da die Sozialversicherung an Stelle des Verpflichteten die Zahlungen zu leisten hat. S. dazu die Anm. zu Art. 2101 in Code civil Dalloz.

wie etwa die der Gläubiger am Vermögen des Gemeinschuldners. (275)

Die Zahl hat sich vor allem auch durch die in Art. 15 des Dekrets vom 4.1.1955 ausgesprochene Umwandlung aller außer den in Art. 2103 und 2104 n.F. C.c. aufgezählten Immobiliärprivilegien in Legalhypotheken beträchtlich erhöht. Die bereits mehrfach zitierte Ordonnanz Nr. 59 - 71 vom 7.1.1959 hat weitgehend die einschlägigen, außerhalb des Code civil befindlichen Bestimmungen diesem Grundsatz angepaßt. Diese Hypotheken sind und waren allerdings zum größten Teil Spezialhypotheken; sie belasten in der Regel nur bestimmte Grundstücke, und alle bestehen nur für bestimmte Forderungen. Sie waren auch alle seit jeher der Eintragungspflicht unterworfen (vgl. Art. 2134 C.c. alter und neuer Fassung); die Legalhypotheken des Mündels und der Ehefrau waren, bevor sie durch die Reform von 1955 ebenfalls der Publizität unterstellt wurden, die einzigen nicht publizierungspflichtigen Grundstücksbelastungen (Art. 2135 a.F. C.c.). (276)

Auch die Legalhypotheken waren, soweit sie der Inskriptionspflicht unterlagen, seit jeher der zehnjährigen Eintragungserneuerung unterworfen (Art. 2154 a.F. C.c.); heute besteht diese Verpflichtung infolge des Publizitätszwangs auch für die Legalhypotheken der Ehefrau und des Mündels (vgl. Art. 2135 Abs. 3 n.F. C.c. für die Hypothek der Ehefrau).

Die beiden wichtigsten, aber auch schon immer unstrittensten (277) Legalhypotheken sind die der Ehefrau auf das Grundvermögen des Ehemannes und der unter Vormundschaft stehenden

-----  
275) Eingeführt durch Gesetz v. 4.3.1889, heute Art. 485 und 570 C.c. i.d.F. der Ordonnanz Nr. 59-71 vom 7.1.1959, Art. 24. Übersicht über die zur Zeit bestehenden Legalhypotheken bei Raynaud, Rép.dr.civ. Dalloz, Stichw. Hypothèque légale, Nr. 5 mit Ergänzung in der mise à jour 1963.

276) Vgl. Raynaud aaO. Nr. 6 - 8.

277) Da es hierbei (unter dem Stichwort "réforme du régime hypothécaire") meist um die Publizität ging, soll dieses Thema bei der Entwicklung der Publizität im franz. Recht abgehandelt werden. Streitig war und ist auch die Nütz-

Minderjährigen (278) und der Entmündigten auf die Grundstücke des Vormunds zur Sicherung aller Forderungen, die den Geschützten gegen die Vermögensverwalter erwachsen, insbesondere aus der Verwaltung des Vermögens selbst.

Beide Arten der Legalhypothek gehen auf das nachklassische römische Recht zurück und haben sich, mehr oder minder verbreitet, im ganzen vorrevolutionären Frankreich gefunden. (279) Beide wurden durch das Gesetz vom 9 messidor an III abgeschafft. Das Gesetz vom 11 brumaire an VII führte sie aber wieder ein: die Legalhypothek der Frau war wie früher Generalhypothek, aber der Publizierungspflicht unterworfen, die des Mündels behielt sowohl die Eigenschaft als Generalhypothek als auch als nichtpublizierte Belastung, wurde überdies auch für Abwesende begründet.

Der Code civil hat beide in den Grundzügen wieder gleich ausgestaltet als nicht eintragungspflichtige, hinsichtlich der belasteten Grundstücke wie der zugrundeliegenden Forderungen unbestimmte, hinsichtlich des Rangs auf den Tag der Eheschließung (hierbei aber Ausnahmen) bzw. des Eintritts der Vormundschaft zurückwirkende dingliche Belastung der Grundstücke der Vermögensverwalter Ehemann oder Vormund (vgl. Art. 2122 und 2135 a.F. C.c.). Die Legalhypothek der Ehefrau besteht unabhängig vom jeweiligen Güterstand. In dieser Form blieben

-----  
lichkeit dieser Einrichtung, die z.B. versagt, wenn der Ehemann oder Vormund kein Grundvermögen hat. Zur Kritik vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nrn.469 und 518.

- 278) Art. 2121 C.c. spricht von "mineurs". Dieser Ausdruck ist ungenau, da die Legalhypothek nicht schlechthin jedem Minderjährigen zusteht, also nicht dem emanzipierten Minderjährigen, dessen Pfleger nicht die Verwaltungsbefugnis hat, und besonders nicht dem der elterlichen Gewalt und damit der "administration légale" unterworfenen Minderjährigen am Vermögen der Eltern (vgl. Bordeaux 19.3.1875, D.77.2.25), sondern nur dem, dessen Vermögen von einem Vormund verwaltet wird. Man spricht daher häufig von mineur en tutelle. Besser wäre der beide umfassende Ausdruck "pupille" (Mündel) gewesen, vgl.Ripert-Boulanger III Nr. 747 f. und die Neufassung von Art.2144 C.c.
- 279) Näheres mit Nachweisen bei Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.468 und 517; Ripert-Boulanger Bd.III Nr.684, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Bd. II, Nr. 969 ff.

beide auch bis zur Reform von 1955 im wesentlichen bestehen; diese brachte allerdings nur die Eintragungspflicht als Voraussetzung der Wirksamkeit gegen Dritte, am Charakter als Generalhypothek hat sich nichts geändert, wenn dies auch dadurch, daß die Eintragung selbst der doppelten Spezialität, nämlich hinsichtlich der Forderung als auch der zu belastenden Grundstücke, unterliegt, praktisch nicht in Erscheinung tritt. Zwar lasten beide nach wie vor auf allen Grundstücken des Schuldners, aber nur mit Wirkung gegen ihn; Inhabern eingetragener konkurrierender Rechte gegenüber entfalten sie überhaupt nur mit der Eintragung und nur ab deren Vornahme Wirksamkeit. Der generelle Charakter der Legalhypothek von Ehefrau und Mündel äußert sich jetzt nur noch darin, daß die Berechtigten ihre Sicherung ohne besonderen Rechtstitel an jedem Grundstück des Schuldners eintragen lassen können, unabhängig vom jetzigen Bestand einer Forderung mit einer Höchstgrenze, also als echte Sicherungshypothek im Sinne des deutschen Rechts.

Auch die durch das Gesetz vom 18.2.1938 (280) der Frau zugestandene und mit Gesetz vom 22.9.1942 (281) von allen Einschränkungen befreite volle Geschäftsfähigkeit hat am Institut der Legalhypothek nichts geändert. Diese besteht hauptsächlich wegen der weitgehenden ehегüterrechtlichen Befugnisse des Ehemannes - woran diese Reformen nichts wesentliches geändert haben - und war weniger als Ausgleich der "incapacité" der Ehefrau gedacht. Ähnliches gilt für die Mündelhypothek. Diese Überlegungen führten auch bei der Reform von 1955 dazu, die Legalhypotheken bei der gegenwärtigen Ausbildung des gesetzlichen Güterstandes und des Vormunds beizubehalten, obwohl man sich der Nachteile und vor allem der häufigen Nutz-

-----  
280) Loi portant modification des textes du C.c. relatifs à la capacité de la femme mariée, J.O. 19.2.1938 = D.P. 1939. 4.1.

281) Loi sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, J.O. 3.11.1942, S.3649 = D.A.1942.167.

losigkeit gerade dieses Schutzes wohl bewußt war.(282)

Mögliche nachteilige Folgen wurden schon zu Anfang dadurch zu vermeiden gesucht, daß die Notare dem Gläubiger oder Grundstückserwerber mitteilten, ob der Schuldner oder Veräußerer verheiratet oder als Vormund tätig war.(282a)

Die Gefahren der Legalhypothek der Ehefrau nach altem Recht, die - abgesehen von der Nichtpublizität - in der während der Ehe vorliegenden Unbestimmtheit der zu sichernden Forderungen lagen und die den Ehemann fast jeder zuverlässigen Kreditgrundlage beraubten, versuchte darüber hinaus schon der Urtext des Code civil dadurch zu mindern, daß er eine Beschränkung auf einige genügend Sicherheit bietende Grundstücke (sog.réduction) zuließ (Art. 2140, 2144 a.F. C.c.). Das Verfahren war und blieb aber trotz der durch das Gesetz vom 22.9.1942 (283) eingeführten Erleichterungen (Ersetzung der Zustimmung der Frau durch Gerichtsbeschluß, Art. 2144 Abs. 2 - 4 i.d.F. von 1942) äußerst umständlich. Diese Möglichkeit war auch illusorisch, wenn der Mann kein größeres Grundvermögen besaß. Daneben gab es, aber nur für den Fall des Verkaufs, die schon erwähnte spezielle purge (Art.2193 ff. a.F. C.c.).

Die Praxis hatte schon früh andere - zunächst zwar umstrittene, spätestens ab 1850 aber allgemein anerkannte - Möglichkeiten gefunden, den Gefahren der Legalhypothek zu begegnen: die Frau konnte einmal einfach ( häufig zugunsten eines Grundstückserwerbers) auf ihre Hypothek verzichten (rénonciation abdicative oder extinctive), zum anderen einem Hypothekengläubiger des Mannes ( oder auch einem Grundstückserwerber, wenn dieses belastet war ) entweder ihre Rangstelle oder sogar die Rechte aus ihrer Hypothek (nicht der Forderung) einräumen.

-----

282) Vgl. Exposé des motifs zum Reformdekret vom 4.1.1955, abgedruckt in Gaz.Pal.1955 I Lég. 503 ff. Dabei ist wohl auf die Reformvorschläge der Commission pour la réforme du Code civil angespielt, die sich in den Jahren 1948-1951 mit dem Ehegüterrecht und 1952-1953 mit der Vormundschaft befaßte, ohne allerdings auf die Legalhypotheken einzugehen. (vgl. Bd.4-6 und 8 der Travaux)

282a) Vgl. dazu und zum folgenden auch Nerson, La publicité des hypothèques légales de la femme mariée et de l'incapable en tutelle, Rev.drim.dr.civ.1958, S.161

283) S.Fn.281

Die beiden zuletzt genannten Schritte werden subrogation trans-lative oder auch renonciation trans-lative genannt, der erstere ist aber genau genommen eben nur eine Vorrangseinräumung, der letztere ist keine echte Subrogation i.S.d. Art.1249 ff. C.c., da keine Zahlung einer Schuld stattfindet und der Gläubiger auch nicht in die Forderungsrechte eintritt. (284) Durch beide konnten nicht nur die Nachteile der Legalhypothek beseitigt, sondern der Kredit des Mannes durch Mitwirkung der Frau ver-stärkt werden.

Diese beiden Möglichkeiten erhielten dann auch ihre gesetz-liche Anerkennung. Zunächst erwähnten sie die Gesetze vom 28. 2.1852 (Art.8 und 20) (285) und vom 10.6.1853 (Art.5) (286) über die Errichtung der Bodenkreditanstalten. Die Formalitäten wurden geregelt zunächst in Art.9 des Transkriptionsgesetzes vom 23.3.1855, damit gleichzeitig die indirekte Anerkennung ausgesprochen. Das diese Vorschrift ergänzende Gesetz vom 13.2.1889 (287) brachte die Notwendigkeit notarieller Beurkun-dung und die Eintragungspflicht für den subrogierten Gläubiger. Kleinere Änderungen erfolgten weiterhin durch die Gesetzesver-ordnung vom 14.6.1938 und das Gesetz vom 12.3.1953 (Subroga-tion und Zession auch, soweit der Unterhaltsanspruch gesichert ist, vgl. Art.2135 Abs.7 und 8 in der Fassung von 1938 und 1953) (288) sowie durch das schon erwähnte Gesetz vom 22.9.1942 (289). Die Reform von 1955 behielt diese Gesetzgebung bei (Art. 2139 ff. n.F. C.c.). Sie brachte außerdem neben der bereits ge-gebenen Herabsetzung die Möglichkeit einer totalen oder teilwei-sen Aufhebung der Hypothek, die notfalls durch Gerichtsbeschuß herbeigeführt werden kann (Art. 2163 ff. n.F. C.c.). (290)

- 
- 284) Vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd. XIII, Nr. 1371 ff.; de Loynes, Livre du centenaire, I, S. 402  
285) Décret sur les sociétés de crédit foncier, D.P.52.4.102  
286) Loi relative aux sociétés de crédit foncier, D.P.53.4.114  
287) Loi portant modification de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, J.O. 13.2.1889 = D.P.89.4.24  
288) s. Petit Code civil Dalloz Augs. 1960, bei Art. 2135 n.F.  
289) s. oben Fn. 281  
290) Vgl. zum Ganzen Planiol-Ripert-Becqué, Bd. XIII, Nr. 1366 ff.; Ripert-Boulanger Nr.690 ff. und 730 ff.

Für die Mündelhypothek gab und gibt es diese letzteren Möglichkeiten nicht, sondern nur die der réduction, also der Beschränkung auf bestimmte Grundstücke. Diese Beschränkung konnte nach Art. 2141 und 2143 a.F. durch den Familienrat (vgl. Art. 407 C.c.) bei der Erneuerung eines Vormunds erfolgen und nur dann, wenn ihm die Möglichkeit der Wahl blieb; bei einem durch Gesetz oder Testament berufenen Vormund war diese Möglichkeit nicht gegeben. (291) Später konnte die Herabsetzung nur durch Gerichtsbeschluß erfolgen, "dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion". (Art. 2143 a.F. C.c.)

In beiden Fällen wurde die Legalhypothek auf bestimmte Grundstücke spezialisiert; das übrige Grundvermögen wurde frei. Der Gegenvormund konnte allerdings nötigenfalls immer die Wiedererhöhung der dinglichen Sicherheiten verlangen.

Seit der Reform von 1955 gibt Art. 2164 n.F. C.c. dem Vormund die Möglichkeit, entweder Herabsetzung oder die totale oder teilweise Aufhebung der Mündelhypothek zu erreichen, und zwar jederzeit, also sowohl bei Antritt als auch während als auch nach der Vormundschaft. (292)

In zwei besonderen Fällen von Vormundschaft sind die aufgezeigten Gefahren und Nachteile allerdings schon sehr früh dadurch ausgeschaltet worden, daß der Gesetzgeber die Regel des Art. 2121 beiseite schob und die Sicherung der Vermögensinteressen der Mündel durch eine echte richterliche Hypothek zuließ. (293) Es sind dies die Fälle der Vermögensverwaltung für nicht entmündigte Geistesschwache (294) und der Vormundschaft im Falle der Verwirkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt. (295)

-----  
291) Vgl. Planiol-Ripert-Becqué aaO. Bd.XII Nr.530.

292) Näheres bei Ripert-Boulanger Bd.III, Nr.769-773.

293) Vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII, Nr.534; Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. Bd.II, Nr.962-I und 1176-I

294) Loi sur les aliénés vom 30.6.1838, abgedruckt im Petit Code civil Dalloz nach Art.497.

295) Loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, D.P.90.4.15, heute i. d.F. des Gesetzes vom 15.11.1921, J.O.17.11.1921 = D.P. 1921.4.313

Die Vermögensverwaltung für nicht entmündigte Geistes-schwache ist eigentlich keine Vormundschaft, Art. 2121 C.c. ist daher nicht anwendbar. Trotzdem hat der Gesetzgeber wegen der der Vormundschaft sehr ähnlich ausgestalteten Vermögensverwaltung allen interessierten Beteiligten und dem Staatsanwalt die Möglichkeit eingeräumt zu beantragen, daß gleichzeitig mit der Ernennung des vorläufigen Vermögensverwalters vom Gericht die Bestellung einer Hypothek auf den Grundstücken desselben angeordnet wird. (296) Bei nachträglichen Änderungen in den Vermögensverhältnissen kann die Hypothek auch später durch Gerichtsbeschluß bestellt werden. (297)

Der Vormund über Kinder, deren Eltern der elterlichen Gewalt verlustig gegangen sind, ist durch Art.10 Abs.2 des erwähnten Gesetzes vom 24.7.1889 (298) von der Belastung durch eine Legalhypothek nach Art. 2121 C.c. befreit. Dafür ist in Abs.3 der Bestimmung dem Gericht die Möglichkeit der Bestellung einer Hypothek gegeben.

Beide Hypotheken unterscheiden sich erheblich von der normalen Mündelhypothek des Art. 2121 C.c.: sie entstehen nur, aber auch unmittelbar kraft richterlicher Anordnung, sie gehen in der Regel (bei der zweiten Art seit 1959 nur noch) auf bestimmte Grundstücke, sie bestehen für eine jeweils bestimmte Forderung und sichern den Geschützten nur bis zur Höhe eines vom Gericht bestimmten Betrags, und schließlich waren sie seit jeher der Eintragung unterworfen, für deren Vornahme das Gesetz von 1838 den Staatsanwalt verpflichtete, das Gesetz von 1889 (erst in der Fassung von 1959) den Gerichtsschreiber des Zivilgerichts erster Instanz.

-----  
296) Art.34 Abs.2 des erwähnten Gesetzes.

297) so Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.534, Kontext zu Fn.2

298) Fn.294. Diese Vorschrift heute in der Fassung der Ord. Nr.59-71 vom 7.1.1959 (s.Fn.273)

### 3) J u d i k a t s h y p o t h e k

Art. 2117 a.F. C.c. bestimmte:

"L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires".

Der Code civil faßte in seiner bis zur Reform von 1955 geltenden Fassung unter diesem Begriff zwei verschiedene Kategorien von Hypotheken zusammen, die an sich nichts miteinander zu tun hatten und im einzelnen verschieden ausgebildet waren, in den Grundzügen sich aber völlig glichen: einmal die Hypothek, die sich an alle zu geldwerten Leistungen verurteilende Entscheidungen (299) knüpft, gleichgültig ob es sich um streitige oder Versäumnisurteile, um endgültige oder vorläufige Urteile handelt, auch an Urteile ausländischer Gerichte, soweit sie durch ein französisches Gericht für vollstreckbar erklärt sind, und an für vollstreckbar erklärte Schiedsurteile (Art. 2123 Abs.1 S.1, Abs.3 und Abs.4 a.F. C.c.), zum anderen die Hypothek aus Urteilen, durch welche die auf einer privatschriftlichen Schuldurkunde befindliche Namensunterschrift des Schuldners für anerkannt oder für echt erklärt wird (Art. 2123 Abs.1 S.2 a.F. C.c.).

Auch gewisse Zahlungsverfügungen der Finanzbehörden, sog.

-----  
299) Auch Teilungsbestätigungsurteile (vgl. Cass.civ. 4.1. 1911, D.P.1911.1.249, note Planiol) und sogar sog. "jugements convenus", bei denen die Parteien sich über die Hauptsache einig sind, die also im Grunde mehr ein Vertrag als ein Urteil sind, genügen (vgl. Cass.28.11. 1904, D.P.1905.1.204). Eine Ausnahme galt nach dem Gesetz über die Betriebsunfälle vom 9.4.1898, Art.26 Abs.4, wonach eine Judikatshypothek nicht entsteht, wenn ein Unternehmer zu Ersatzzahlungen wegen eines Betriebsunfalls verurteilt wird (vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.583). Dies gilt heute nur noch für landwirtschaftliche Berufe, bei den übrigen tritt die Sozialversicherung an die Stelle des Dienstherrn (vgl. Art. 83 des Ges. v.30.10.1946, heute Art. 414 Code de la sécurité sociale).

contraintes administratives, sind geeignet, eine Judikatshypothek zu begründen, sofern sie nicht bloße actes de commandement sind, gegen die der Rechtsweg offensteht, sondern unanfechtbare Entscheidungen. Bei den Zahlungsanforderungen der Sozialversicherungsträger ist diese Frage umstritten. (300)

Beide Hypotheken waren und sind, wie schon erwähnt, in Wahrheit Legalhypotheken, da sie unabhängig von einem Antrag des obsiegenden Gläubigers oder einer Erklärung des Richters ipso iure mit den aufgezählten Urteilen verbunden sind. (301) Die Bezeichnung als "judiciaire" dient nur zur Unterscheidung von den übrigen Legalhypotheken und deutet den besonderen Anknüpfungspunkt an, nämlich ein Urteil.

Die Judikatshypothek ist und war seit jeher speziell insofern, als sie nur die vom Urteil erfaßte Forderung sichert. Sie war und ist generell hinsichtlich der belasteten Grundstücke: Art. 2123 C.c. alter wie neuer Fassung bestimmt, daß sie sich auf das gesamte Grundvermögen des Schuldners erstreckt, auch auf etwa später erworbene Liegenschaften.

Schon seit Bestehen des Code civil war aber die Judikatshypothek der Eintragungspflicht unterworfen; erst ab dem Tag der Eintragung erhält sie Rang und Wirksamkeit gegenüber eingetragenen Inhabern konkurrierender Rechte, sie lastet aber schon vorher, ab Erlaß des Urteils, (302) auf allen Grund-

-----  
300) Näheres bei Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.591; Ripert-Boulanger Bd.III Nr.642; zur letzten Frage Bordeaux 13.10.1955, D.1955.703 (ablehnend); Dijon 27.6.1956, D.1956.665 mit Anm. Voirin (dafür).

301) Vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.558 und oben bei Fn.240a. Über die beiden schon vor 1900 eingeführten echten richterlichen Hypotheken oben bei Fn.292, zur 1955 eingeführten richterlichen Hypothek des C.proc. civ. oben bei Fn.241.

302) Erwachsen in Rechtskraft ist nicht erforderlich, da die Judikatshypothek keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung, sondern reines Sicherungsmittel ist. Vgl. etwa Bordeaux 22.8.1854, D.P.55.2.122.

stücken des Schuldners. Bis zur Eintragung der Judikatshypothek war also die Bestellung einer rangbesseren Hypothek oder die lastenfreie Veräußerung des Grundstücks durch den Schuldner immer noch möglich; beim besseren Rang oder bei der Lastenfreiheit blieb es auch, wenn der Vertragshypothekengläubiger oder der Erwerber des Grundstücks seinen Titel vor der Judikatshypothek eintragen ließ.

Die Reform durch die Gesetzesverordnung vom 4.1.1955 hat die zweite Form der Judikatshypothek, nämlich die aus Urteilen über die Anerkennung oder die Echtheit von Unterschriften, (303) ersatzlos abgeschafft. Hinsichtlich der beibehaltenen Art ist es im Grundsatz bei der bisherigen Regelung verblieben: insbesondere ist der Charakter als Generalhypothek erhalten geblieben, praktisch wurde er allerdings durch die nunmehr für alle Hypotheken geltende Vorschrift der Spezialisierung hinsichtlich der belasteten Grundstücke ausgeschaltet. Die Judikatshypothek lastet also nur auf den in der Eintragung genau bezeichneten Grundstücken.

Überdies brachte die Reform von 1955 durch die ausdrückliche Verweisung auf Art.2161 n.F. C.c. die Möglichkeit der Herabsetzungsklage durch den Schuldner.

Die Existenz einer Judikatshypothek steht im engen Zusammen-

-----

- 303) die sowieso nur auf einer falschen geschichtlichen Auffassung beruht: ab Anfang des 16.Jh. wurde den Notariatsurkunden allgemein exekutorische Kraft und gleichzeitig eine verborgene Generalhypothek verbunden. Den privatschriftlichen Urkunden suchte man dieselbe Wirkung auf dem Umweg über ein jugement en reconnaissance ou vérification zu geben. Der Code, der die mit notariellen Urkunden verbundene verborgene Generalhypothek nicht aufgenommen hat, hätte daher logischerweise auch die Hypothek aus Entscheidungen über Anerkennung oder Echtheit der Privaturkunde abschaffen sollen. Die Nachteile dieser Lösung wurden allerdings durch ein Gesetz vom 3.9. 1807, wodurch die Eintragung dieser Hypothek vor Fälligkeit der Schuld verboten wurde, etwas gemildert. Vgl. dazu Planiol - Ripert - Becqué Bd.XII Nr.594 ff, Ripert-Boulanger Bd.III, Nr.632.

menhang damit, daß das französische Recht einen Konkurs für Nichtkaufleute nicht kennt. (304) Jeder Gläubiger behält also das Recht der Einzelverfolgung gegen den Schuldner; es hängt ganz von ihm ab, ob er zu seinem Geld kommt. Die Judikatshypothek bietet den gewöhnlichen Gläubigern (*créanciers chirographaires*), die keine anderweitige dingliche Sicherung haben, die Möglichkeit, mittels Erstreitung einer Verurteilung des Schuldners ein Befriedigungsvorrecht vor anderen weniger sorgfältigen Gläubigern und ein Folgerecht zu erlangen, das ihnen das der Vollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners dinglich sichert, insbesondere auch gegen die Gefahr, daß dieser Vermögensobjekte dem Zugriff des Gläubigers entzieht. Dieserart wirkt die richterliche Hypothek wie eine Belohnung für den rücksichtslosesten Gläubiger, der eine oft unberechtigte und vielfach übertrieben hohe dingliche Sicherung erhält, gleichzeitig häufig einen Wettlauf der anderen Gläubiger zum Nachteil des Schuldners auslöst mit der Folge, daß dieser unberechtigt in Vermögensverfall gerät. Allerdings waren diese Gefahren in zwei wichtigen Fällen vom Gesetzgeber etwas abgemildert worden: Art. 2146 n.F. C.c. bestimmte, daß die Einschreibungen von Legalhypotheken, die in dem Zeitraum, in dem die vor Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen für nichtig erklärt sind, oder nach Eröffnung der unter der Rechtswohlthat des Inventars angenommenen Erbschaft vorgenommen wurden, unwirksam sind. Diese beiden Regeln hat die Reform von 1955 beibehalten (Art. 2147 Abs.1 und Abs.3 C.c. i.d.F.von 1955). (304a)

Wegen der genannten Gefahren ist in Frankreich sehr häufig die völlige Abschaffung oder doch tiefgreifende Umgestaltung

-----

304) Vgl. Ripert - Boulanger Bd.III Nr.636; dazu und zum folgenden Merck bei Heinsheimer aaO., Anm.zu Art.2123 C.c.; auch Planiol-Ripert-Becqué, Bd.XII Nr.559.

304a) Schon 1807 waren die ersten Schritte zur Einschränkung eines Teils dieser Gefahren gemacht worden mit der Bestimmung, daß Judikatshypotheken aus Anerkennung privatschriftlicher Schuldurkunden erst bei Nichtzahlung nach Fälligkeit der Schuld eingetragen werden dürfen. Vgl. dazu unten bei Fn.529

der Judikatshypothek gefordert worden. (305) Bei der Wiedereinführung des französischen gemeinen Rechts in Elsaß-Lothringen durch das Gesetz vom 1.6.1924 ist auf die Judikatshypothek aus Unterschriftsanerkennung und -echtheitserklärung verzichtet worden, die zweite Form ließ man nur mit wesentlichen Änderungen fortbestehen. (306)

Im deutschen Recht werden viele Aufgaben der Judikatshypothek durch die Zwangshypothek (§ 866 ZPO) erfüllt. Diese unterscheidet sich aber schon insofern von ersterer, als sie ein Vollstreckungsmittel, keine bloße sichernde Maßnahme darstellt. Als solche stellt das deutsche Recht die Arresthypothek des § 932 ZPO zur Verfügung, deren Parallele die 1955 eingeführte echte richterliche Hypothek des Art. 54 C.proc. civ. ist.

#### b) Die Vorzugsrechte

Im Gegensatz zum heutigen deutschen Recht besitzt der Code civil als dingliche Sicherungsrechte noch die Privilegien (Vorzugsrechte), die mit bestimmten Forderungen verknüpft sind. Diese Rechte verschaffen dem Gläubiger eine Sonderstellung im Vollstreckungsverfahren: privilegierte Forderungen werden vor allen anderen, auch vor hypothekarisch gesicherten, befriedigt. Der Code civil definiert in Art. 2095:

"Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires".

Diese Definition ist allerdings nicht sehr exakt, da ein Privileg nicht immer mit einer Forderung wegen deren besonderer Eigenschaften verbunden ist und der privilegierte Gläubiger nicht immer vor den anderen befriedigt wird. (307)

-----  
305) Näheres bei der Behandlung der Reformprojekte. Vgl. hier schon Planiol-Ripert-Becqué Bd. XII Nr. 562.

306) Näheres bei Planiol-Ripert-Becqué Bd. XII Nr. 563.

307) Vgl. Ripert-Boulanger Bd. III Nr. 95

Ein Privileg geht nicht den Hypotheken vor, die der Inhaber der privilegierten Forderung selbst bestellt hat. Art. 2095 C.c. bezieht sich also nur auf das Verhältnis der Gläubiger desselben Schuldners zueinander (307a). Trotzdem kann man als Unterschied zur Legalhypothek - wie schon erwähnt - grundsätzlich herausstellen, daß letztere mehr personenbezogen, die Privilegien mehr forderungsbezogen sind. Mit den Legalhypotheken haben die Vorzugsrechte gemeinsam, daß sie nur kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift entstehen und nicht vertraglich begründet werden können. Wenn die Vorzugsrechte der Sache nach mit den im deutschen Recht bestehenden Vorrechten im Konkurs (§ 61 Ziff. 1 - 5 KO) und den Rangvorrechten bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken (§ 10 Abs. 1, Ziff. 1 - 3 und Abs. 2 ZVG) verglichen werden können, so weisen sie doch einen grundlegenden Unterschied auf: die Privilegien des französischen Rechts sind echte dingliche Rechte, also eintragungsfähige und grundsätzlich eintragungspflichtige Belastungen eines Grundstücks. Sie gewähren dem Gläubiger der privilegierten Forderung ein Befriedigungsvorrecht (*droit de préférence*, Art. 2094) und, soweit sie auf ein Grundstück gehen, das Folgerecht (*droit de suite*, Art. 2166 C.c.), außerdem sind sie streng akzessorisch und können nicht ohne die Forderung, diese wiederum nicht ohne das Vorzugsrecht, übertragen werden (Art. 1692, 2112 C.c.)

Die Institution der Privilegien hat der Code civil, allerdings in etwas veränderter Form und mit erweiterter Zahl, aus dem römischen Recht übernommen. Gab dort anfangs das Privileg dem Gläubiger wegen der Art der Forderung, also in Abweichung von dem für die dinglichen Rechte geltenden Grundsatz "*prior tempore potior iure*", nur ein Vorrecht gegenüber den einfachen Gläubigern, kein dingliches Recht, so führte die justinianische Gesetzgebung unter Durchbrechung dieses Grundsatzes da-

-----  
307a) Vgl. Merck bei Heinsheimer aaO. Anm. IVa zu Art. 2095 - 2113.

zu, daß das Privileg gewissermaßen verdinglicht wurde, da es auch Hypothekengläubigern vorgehen konnte. Es gab also vier Klassen von Gläubigern, die privilegierten Hypothekengläubiger, die einfachen dinglich gesicherten Gläubiger, die privilegierten einfachen Gläubiger und schließlich die einfachen (chirographischen) Gläubiger. (308)

Das ancien droit hat diese Aufgliederung übernommen, aber wesentlich umgebildet. Da die römische Mobiliarhypothek abgeschafft, (309) andererseits aber die Bestellung eines dinglichen Vorzugsrechts an Mobilien zugelassen wurde und man diesem Recht wegen seiner Wirkung ebenfalls den Namen privilège gab, vollzog sich die Umwandlung des alten Rangvorrechts in ein echtes dingliches Recht auch bei Mobilien. Es gab fortan also drei Klassen von Gläubigern: die privilegierten, die hypothekarischen und die einfachen Gläubiger. (310)

Diese Konzeption hat der Code beibehalten; sie machte allerdings bis zur Reform von 1955 das System der Privilegien ziemlich unklar. Die Grundeinteilung erfolgte nach dem Objekt, auf das sie sich erstreckten (Art. 2099 C.c.):

"Les privilèges peuvent être sur les meubles ou sur les immeubles".

Daneben erfolgt die Unterscheidung nach dem Umfang: Generalprivileg oder Spezialprivileg; die ersteren umfaßten als "privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles" vor der Reform von 1955 das gesamte Vermögen des Schuldners (vgl. die Grundregel des Art. 2092 C.c.), jedoch hafteten die Liegenschaften hierbei nur subsidiär (Art. 2105 a.F. C.c.), d.h. dann, wenn das Mobiliarvermögen nicht ausreichte, auch für die in erster Linie mit "privilèges généraux sur les meubles" (Art. 2101 a.F. C.c.) verknüpften Forderungen. Das waren

-----  
308) Vgl. Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. Bd.I Nr.297.

309) Vgl. Art. 2119 C.c. Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

310) Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO.

außer den durch die Reform von 1955 gemäß Art. 2121 Ziff.5 n.F. C.c. zu Legalhypotheken verwandelten ehemaligen "privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles" des Art. 2101 (311) die mit den Gerichtskosten und den Dienstlohnforderungen (312) verbundenen Vorzugsrechte. Die Übersicht über diese Forderungen zeigt überraschend starke Parallelen mit den in § 61 Ziff. 1 - 5 KO aufgeführten bevorzugten Ansprüchen. (313)

Daneben hatten zahlreiche Sondergesetze außerhalb des Code civil weitere Generalprivilegien geschaffen, die meist mit öffentlich-rechtlichen Forderungen verbunden waren. Diese wurden durch die Reform von 1955 aber sämtlich in Legalhypotheken verwandelt und damit der Eintragungspflicht unterworfen (Art. 15 des Gesetzesdekrets vom 4.1.1955). (314)

Trotz der grundsätzlichen Subsidiarität der Immobiliarkhaftung besteht mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch heute noch keine Verpflichtung für die Inhaber eines solchen generellen Privilegs, zunächst die Vollstreckung in das Mobiliarvermögen zu versuchen. Es ist vielmehr Sache der Immobiliarkprivileginhaber, den Inhaber eines Generalprivilegs auf das Fahrnisvermögen zu verweisen. (315)

-----  
311) s. deren Aufzählung oben bei Fn.273 u.274.

312) Die Gerichtskosten aber nur insoweit, als sie im gemeinsamen Interesse der Gläubiger zur Wahrung oder Verwertung des Schuldnervermögens entstanden sind, nicht z.B.Kosten für den avocat. Vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.13 ff. m.w.Nachw. Zu den Unterschieden dieser beiden Privilegien im Vergleich zur deutschen Regelung vgl. Blanke aaO. S.34 ff.

313) Auch hierin zeigt sich wieder der Zusammenhang zwischen dem Institut der Vorzugsrechte und dem Fehlen des Konkurses für Nichtkaufleute: ohne Privileg wären die als besonders schutzwürdig angesehenen Forderungen bei Zahlungsunfähigkeit eines Nichtkaufmanns mit den übrigen gleichgestellt und würden meist zumindest teilweise, bei Vollstreckung in das Grundvermögen ganz ausfallen.

314) Übersicht bei Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.57 ff.

315) Vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.307.

Wurden diese Forderungen mangels ausreichenden Mobiliarvermögens zur Befriedigung aus dem Grundstück geltend gemacht, so wurden sie den reinen Immobiliärprivilegien (als der neben den "privilèges sur certains meubles" bestehenden Art von Spezialprivilegien) vorgezogen (Art. 2105 a.F. C.c.).

Mit solchen reinen Immobiliärprivilegien, die in Wahrheit privilegierte, spezielle Legalhypotheken sind, (316) waren verbunden (Art. 2103 C.c.):

1. die Kaufpreisforderung des Grundstücksverkäufers, und zwar am Grundstück; (317)
2. der Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers, soweit in dem in notarieller Form geschlossenen Darlehensvertrag die Zweckbestimmung aufgenommen war und der Veräußerer bestätigte, daß die Zahlung mit dem Darlehen erfolgte;
3. die Ausgleichsforderungen der Miterben aus der Erbteilung; dieses Privileg lastet aber nur auf den Nachlaßgrundstücken;
4. die Forderungen der Architekten, Bauunternehmer, Maurer und sonstiger Bauarbeiter im Umfang des durch die Arbeiten erzielten Mehrwerts unter der Voraussetzung, daß ein gerichtlich bestellter Sachverständiger vor Beginn und nach Abschluß der Arbeiten eine Schätzung vornahm;
5. der Rückforderungsanspruch des Darlehensgebers, mit dessen Mittel nachgewiesenermaßen die in Ziff.4 genannten Personen bezahlt wurden. (318)

---

316) Vgl. Ripert-Boulanger Bd.III Nr.783.

317) Dieses Privileg hatte die Besonderheit, daß es durch die Transkription des Verkaufs bewahrt wurde und der Hypothekenbewahrer von Amts wegen die Inskription des Privilegs vorzunehmen hatte (Art.2108 a.F. C.c.).

318) Nr. 2 und 5 sind nur Anwendungsfälle des in Art.1250 C.c.normierten Subrogationsprinzips, einer besonderen Aufführung hätte es daher nicht bedurft. Vgl. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XII Nr.622.

Die Rechtsprechung fügte dieser Reihe in Anwendung des Art. 2111, der von der Form und Frist der Eintragung dieses Rechts sprach, ohne es bei den einzelnen Privilegien selbst aufzuzählen, ein sechstes Vorzugsrecht hinzu, das der Gläubiger des Erblassers und der Vermächtnisnehmer an den Nachlaßgrundstücken zur Sicherung ihrer Ansprüche auf Absonderung des Nachlasses vom Vermögen des Erben haben. (Art. 878 ff. C.c.). (319)

Die Sicherung des Grundstücksverkäufers wird in Deutschland meist durch eine Restkaufgeldhypothek bewerkstelligt. Auch der Darlehensgeber sichert sich durch ein vertragliches Grundpfandrecht; ähnliches gilt für den Fall der Erbauseinandersetzung, wenn hierbei Grundstücke ungeteilt dem einen oder anderen Miterben gegen Ausgleichszahlung zukommen. Das Bauhandwerkerprivileg hat seine Parallele in der Sicherungshypothek des § 648 BGB; die Sicherung des Art. 2103 C.c. ist allerdings an solch umständliche Voraussetzungen geknüpft, daß davon kaum Gebrauch gemacht wird. (320)

Die Generalprivilegien waren vor der Reform von 1955 der Eintragung nicht unterworfen und sind dies, soweit sie bestehen blieben, auch heute nach dem Gesetz nicht. Für die Spezialprivilegien an Grundstücken des Art. 2103 war aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, insbesondere gegen die übrigen Gläubiger, die Inskription seit jeher erforderlich (Art. 2106 C.c.).

Die Reform von 1955 hat an den Grundzügen dieses Systems nicht entscheidendes geändert. Sie hat aber eine grundlegende Bereinigung der unübersichtlichen Anzahl und Vielfalt vor allem der Generalprivilegien gebracht: von diesen bestehen fortan nur noch zwei, das Gerichtskosten- und das Dienstlohnprivileg (Art. 2104 n.F. C.c.). Ersteres ist in Wirklichkeit mehr eine Vorwegbefriedigung aus dem Erlös, letzteres aus sozialen Gründen gerechtfertigt. Beide sind auch heute

- 
- 319) Diese Absonderung ist von Bedeutung, wenn der Nachlaß aktiv, der Erbe aber überschuldet ist.  
320) Ripert-Boulanger Bd. III Nr. 836.

noch subsidiär, erstrecken sich also in erster Linie auf das Mobilien. Dabei ergibt sich als Kuriosität, daß das Dienstlohnprivileg bei Vollstreckung in Fahrnis an vierter, bei Vollstreckung in Liegenschaften an zweiter Stelle steht (vgl. Art. 2101 und 2104 C.c.).

Diese beiden Rechte sind auch weiterhin als einzige dingliche Belastungen von jeder Eintragungspflicht befreit (Art. 2107 n.F. C.c.). Alle übrigen Generalprivilegien sind in Legalhypotheken umgewandelt worden und unterliegen daher der Inskription. (321)

Die speziellen Immobilienprivilegien des Code civil sind beibehalten worden; das von der Rechtsprechung schon vor der Reform unter die Reihe dieser Privilegien eingereihte "privilege de séparation des patrimoines" (322) ist ausdrücklich unter Ziff.6 des Art. 2103 aufgenommen worden. Die Besonderheit des Verkäuferprivilegs (Art. 2103 Ziff.1 C.c.), daß es durch die Transkription des Verkaufs bewahrt wurde, ist aufgegeben; der Verkäufer muß sich jetzt selbst um die Eintragung kümmern, wenn er sein Recht erhalten will (Art.2108 n.F. C.c.).

Die außerhalb des Code civil geschaffenen Spezialprivilegien an Grundstücken (323) wurden, vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung (eine solche ist, soweit ersichtlich, bislang noch nicht getroffen), wie die Generalhypotheken außerhalb des Art. 2104 n.F. C.c. sämtlich in Legalhypotheken verwandelt (Art.15 des Gesetzesdekrets vom 4.1.1955).

#### c) Die Antichrese (Nutzpfand)

Art. 2085 Abs.2 C.c. umreißt nur einen Aspekt der Antichrese, wenn er bestimmt:

"Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de

-----  
321) Vgl. oben bei Fn.273 und 274.

322) s. oben bei Fn.318.

323) Übersicht bei Ripert-Boulanger Bd.III Nr.859 und im Anhang zu Art. 2203 C.c. im Petit Code civil Dalloz.

les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital des sa créance".

Das zweite wichtige Element und die Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist die Einräumung des Besitzes am Grundstück an den Gläubiger.

Dieses Rechtsinstitut hat in Frankreich wegen der damit häufig verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf das Nutzungsobjekt kaum praktische Bedeutung, wenn auch in letzter Zeit der Umstand, daß das Nutzpfund nicht im Wege der "purge" ausgeschaltet werden kann, von manchen Hypothekengläubigern, insbesondere Grundstücksgesellschaften, zur Stärkung ihrer dinglichen Sicherung ausgenutzt und ein solches Recht bestellt wurde. (324)

Das BGB kennt die Antichrese an Liegenschaften nicht. In gewissen Fällen wird aber ihr Zweck durch Einräumung eines Nießbrauchs an den Hypothekengläubiger mit der Vereinbarung erreicht, daß dieser die gezogenen Früchte auf die Hypothekenschuld anrechnen soll. (325)

d) G r u n d s c h u l d , R e n t e n s c h u l d ,  
R e a l l a s t

Das französische Recht kennt eine dingliche Belastung ohne Forderung nicht, sondern nur die akzessorische Hypothek oder die ebenfalls akzessorischen Privilegien. Dagegen hat das deutsche Recht in der Grundschuld ein dingliches Sicherungsmittel, das unabhängig vom Bestehen oder Fortbestehen einer

-----  
324) Vgl. Ripert-Boulanger Bd.III Nrn. 60-62.

325) Vgl. Wolff-Raiser aaO. § 114 a.E. mit weiteren Nachweisen; in den Ausführungen unter § 130 I 3 wird die Nichtübernahme der Antichrese in das BGB bedauert, eine Ansicht, die angesichts der überwiegend schlechten Erfahrungen in Frankreich, wo die in Antichrese gegebenen Objekte häufig sehr heruntergewirtschaftet wurden, nicht geteilt werden kann. Daß wirklich ein Bedürfnis nach diesem Institut besteht, ist zu bezweifeln; der angegebene Ausweg wird jedenfalls nur äußerst selten beschritten.

persönlichen Forderung die Zahlung einer bestimmten Summe aus dem Grundstück garantiert (§ 1191 BGB). Dieses Institut erfreut sich wegen seiner leichten Umlauffähigkeit und der Möglichkeit, daß sich der Eigentümer zur Rangwahrung eine Eigentümergrundschuld bestellen kann, in Bodenkreditgeschäften wachsender Beliebtheit; Bedenken wegen einer zu großen Mobilisierung des Bodens (325a)scheinen derzeit diese Tendenz nicht abschwächen zu können.(325b)

Die Unterart der Grundschuld, die Rentenschuld (§ 1199 BGB), ist infolgedessen im Code civil ebenfalls nicht zu finden.

Eine Grundstücksbelastung des Inhalts, daß wiederkehrende Leistungen, die nicht unbedingt Geldleistungen sein müssen, aus dem Grundstück zu entrichten sind, wie bei uns die Real-last (§ 1105 oder 1110 BGB), ist im französischen Recht durch Art. 686 C.c. ausdrücklich ausgeschlossen. Auch in Deutschland ist dieses Recht ziemlich wenig gebraucht, ersetzt aber, soweit vorkommend, weitgehend die Rentenschuld zum Beispiel bei Haus- oder Hofübergabe.

#### IV) D i n g l i c h e E r w e r b s r e c h t e

Dingliche Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Heimfallrechte, wie sie etwa in § 1049 BGB, den §§ 11 und 12 RHeimstG oder § 3 ErbbauVO normiert sind, kennt das französische Recht nicht. Solche Berechtigungen können dort höchstens schuldrechtlicher Natur sein. Sie hängen auch eng mit der Ausbildung des deutschen Grundbuchs zusammen.

-----  
325a)wie sie etwa bei Wolff-Raiser aaO. § 130 I 3 geltend gemacht werden.

325b)Vgl. dazu auch Felgentraeger, Hypothek und Grundschuld, in Festschrift für Julius v. Gierke, 1950, S.140 ff.

## 2. Kapitel

### Die Begründung dinglicher Rechte und die Verfügung über sie.

Das französische und das deutsche Recht weichen in der Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts (326), das zur Begründung, Änderung, Belastung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts führt, erheblich voneinander ab, und zwar sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch hinsichtlich des Zeitpunkts, in dem der angestrebte Erfolg eintritt. Gleiches gilt in Auswirkung dieser Verschiedenheit für den Erwerb vom Nichtberechtigten und schließlich für die Publizität der dinglichen Rechtslage als mit den beiden vorhergehenden Punkten eng verknüpftem Element.

#### A. Einheitsprinzip und Vertragsprinzip - Abstraktionsgrundsatz und Eintragungsprinzip.

I. Der Code civil hat, im diametralen Gegensatz zum geltenden deutschen Recht, das Prinzip der Änderung der dinglichen Rechtslage als unmittelbare, ohne weitere Voraussetzungen eintretende Folge der bloßen schuldrechtlichen Übereinstim-

-----  
326) Der Erwerb von Todes wegen, durch Ersitzung oder durch staatl. Hoheitsakt soll hier außer Betracht bleiben, da hinsichtlich des Zeitpunkts und der Konstruktion des Rechtsübergangs keine grundsätzlichen Abweichungen bestehen.

mung der Parteien ausgebildet (sog. Vertragsprinzip) (326a).

a) Art. 711 C.c. deutet das schon an, wenn er zu den Arten des Eigentumserwerbs (gleiches gilt für alle dinglichen Rechte) aufzählt:

"La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations".

Diese dingliche Wirkung des Verpflichtungsgeschäfts allein und ohne Übergabe wird in Art. 1138 C.c. genauer umrissen, wenn auch in ungeschickt formulierten Sätzen:

"Die Verpflichtung zur Lieferung der Sache ist wirksam mit der bloßen Übereinstimmung der vertragschließenden Parteien.

Sie (also die Verpflichtung) macht den Gläubiger zum Eigentümer und überträgt die Gefahr der Sache auf ihn von dem Augenblick an, wo sie hätte geliefert werden müssen, auch wenn die Übergabe noch nicht erfolgt ist, ..."

Von dem in dieser Vorschrift angesprochenen Gefahrübergang abgesehen, ergibt sich schon aus diesen etwas unklaren Formulierungen, daß die dingliche Rechtsänderung mit dem Vertragsschluß eintritt, ohne daß es einer weiteren Voraussetzung als der Willensübereinstimmung der Parteien bedürfte: Die Verpflichtung zur Leistung gilt als im gleichen Augenblick erfüllt.

Deutlicher geht das, was gemeint ist, aus Art. 1583 C.c. hervor:

"Er (der Kauf) ist zwischen den Parteien zustandegekommen, und das Eigentum ist im Verhältnis zum Verkäufer wirksam auf den Käufer übergegangen, sobald man über Kaufgegenstand und Kaufpreis einig geworden ist, auch wenn die Sache noch nicht geliefert und der Preis noch nicht bezahlt ist."

-----  
326a) Soweit das Zusammenfallen von obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft in einem Geschäft angesprochen ist, wäre der Ausdruck Einheitsprinzip zu empfehlen. Der zur Kennzeichnung des französischen Systems meist verwandte Ausdruck Vertragsprinzip deutet nur an, daß durch den Vertrag allein, ohne Publizität, die dingliche Rechtsänderung bewirkt wird, ist also der Gegensatz zu Traditions- und Eintragungsprinzip.

Gleiches ergibt die Vorschrift des Art. 938 C.c. über die Schenkung:

"Die ordnungsgemäß angenommene Schenkung kommt durch die bloße Willensübereinstimmung der Parteien zustande; und das Eigentum an den geschenkten Gegenständen wird dadurch auf den Schenkungsnehmer übertragen, ohne daß es einer anderweitigen Übergabe bedarf."

Kausale Rechtsgrundvereinbarung und dingliches Zuwendungsgeschäft fallen also in e i n e m Rechtsgeschäft zusammen, die dingliche Rechtsänderung erfolgt mit der bloßen Willensübereinstimmung über den Rechtsgrund, solo consensu, unabhängig vom Zeitpunkt der Übergabe der Sache oder der Erfüllung einer anderen Verlautbarungsformalität: "vendre c'est aliéner." (327)

Voraussetzung des sofortigen und unmittelbaren Eigentumsübergangs sind neben der Berechtigung des Veräußerers das gegenwärtige Vorhandensein eines konkreten, nicht nur der Gattung nach bestimmten oder erst in der Zukunft entstehenden Gegenstandes und das Fehlen einer entgegenstehenden Parteivereinbarung. Art. 1138 C.c. stellt insoweit nur eine widerlegbare Vermutung für einen auf sofortigen Eigentumsübergang gerichteten Parteiwillen auf; die Parteien können den Zeitpunkt dieses Übergangs auch verschieben, etwa bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises (Eigentumsvorbehalt). Damit ist aber nicht gesagt, daß Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft auseinanderfallen, vielmehr enthält die Rechtsgrundvereinbarung auch dann notwendig schon die für die Änderung der dinglichen Rechtslage erforderlichen Willenserklärungen, wenn diese Änderung sich erst später vollzieht. (327a)

-----

327) Vgl. dazu etwa Colin-Capitant aaO. Bd. II Nr. 513; 517 ff.; Ripert-Boulanger Bd. II Nr. 2439 ff.; Mazeaud-Mazeaud aaO. Bd. II, Nr. 1617; Chenu aaO. S. 26 ff. mit zahlr. Nachweisen.

327a) Vgl. Colin-Capitant aaO. Nr. 522 - 524 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für den Eigentumserwerb, sondern auch - soweit dies in Frage kommt - für die rechtsgeschäftliche Begründung, Übertragung oder sonstige Änderung der Rechtslage dinglicher Rechte, ohne daß für die Mehrzahl derselben besondere Regeln aufgestellt wären. Für die Aufhebung der beschränkten dinglichen Rechte genügt auch eine einseitige Aufgabeerklärung. (327b)

b) Lediglich für die vertragliche Hypothek läßt sich die Geltung des Einheitsprinzips wie des Vertragsprinzips direkt aus dem Gesetz, nämlich aus Art. 2117 Abs.3 C.c. herauslesen:

" L'hypothèque conventionnelle est celle qui résulte des conventions." (328)

Die Vertragshypothek entsteht im französischen Recht auf Grund einer einzigen Willensübereinstimmung und - ebenso wie die Legal- und Judikatshypothek - völlig unabhängig von der - schon seit Bestehen des Code civil vorgeschriebenen - Eintragung in das Inskriptionsregister, und zwar nicht nur inter partes, sondern (grundsätzlich) auch mit Wirkung gegen Dritte. (329) Für die Aufhebung ist auch hier ein einseitiger Verzicht des Rechtsinhabers ausreichend. (330)

## II. H i s t o r i s c h e r H i n t e r g r u n d d e r f r a n z ö s i s c h e n R e g e l u n g .

Die Regelung des Code civil wird nur verständlich, wenn man sich die rechtsgeschichtliche Entwicklung auf dem Gebiet

- 
- 327b) Vgl. für den Nießbrauch Ripert-Boulanger Bd.II Nr.3045, für die Grunddienstbarkeit ebd. Nr.3195
- 328) Die bis zur Reform von 1955 geltende Fassung lautete: "... est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats." Eine sachliche Änderung ist aber mit der Neufassung nicht eingetreten.
- 329) Über die für die Hypothekenbestellung geltenden formellen Besonderheiten vgl. oben bei Fn.259 ff. - Die Eintragung hat allerdings Bedeutung für die Rangbestimmung, vgl. Art. 2134 alter wie neuer Fassung C.c.
- 330) Vgl. etwa Orléans 29.11.1889, D.P.1890.2.153; Ripert-Boulanger Bd.III Nr.603.

der Übereignung und den philosophischen Hintergrund der Entstehung der Regeln des Code vor Augen hält.

Ausgangspunkt ist auch hier wieder das spätrömische Recht. Es galt der Grundsatz: "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur." Die "traditio", die Besitzzeineräumung, konnte allerdings schon damals durch verschiedene andere Formen ersetzt werden: die bloße Möglichkeit der Besitzergreifung (*longa manu traditio*) und später sogar die bloße Änderung der Willensrichtung der Parteien (*brevi manu traditio* oder *constitutum possessorium*) genügten.

Das alte französische Recht übernahm diese Formen und entwickelte sie weiter. Eine tatsächliche Übergabe des Kaufgegenstandes fand in der Regel nicht mehr statt; man hielt sie zwar noch für erforderlich, um das Recht zu übertragen, ersetzte sie aber immer mehr durch rein formale Besitzmittlungsverhältnisse oder meist sogar durch eine einfache Vertragsklausel, in der der Veräußerer sich gleichzeitig mit der Erklärung des Eigentumsübergangs seines Besitzes als entledigt, der Erwerber als Besitzer erklärte, die "*dessaisine-saisine*" oder "*dévest-vest*" : "*Le vendeur fait dès à présent remise de la chose à l'acheteur qui s'en trouve saisi par le fait de ce.*" (331)

Ein Teil der Rechtslehre zu Ausgang des 18. Jahrhunderts ging dann einen als selbstverständlich erscheinenden Schritt weiter: sie sah die Übergabe, einen rein tatsächlichen (wenn auch oft bloß fingierten) Vorgang, nur noch als Erfordernis der Verschaffung des Besitzes, eines tatsächlichen Zustandes,

-----

331) Zitat nach Colin-Capitant aaO. Bd.II Nr. 519. Vgl. auch Ripert-Boulanger Bd.II Nr. 2440 ff.; vor allem aber Pothier, *Du contrat de vente*, Nr.313 mit Hinweis auf Art. 278 der *Coutume d'Orléans*; ebenso (ausführlich) ders., *Du droit de domaine de propriété*, Nr.193 ff., bes. Nr.213 und Nr.245. Vgl. auch Chenu aaO. S.18 ff. mit zahlreichen Nachweisen; Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud, aaO.Bd.II Nr.1615.

an, während das Eigentum, ein rein geistiges Phänomen, allein durch die Willensübereinstimmung übergehen kann. (332)

Die Autoren des Code civil setzten, durch diese Lehren beeinflusst, die damals herrschende Praxis in die neuen Regeln der Art. 1138, 1583 und 938 um. Sie unterstellten jedem Vertrag eine solche Übergabeklausel, die nur noch leere Form war. Aus diesen Vorstellungen und Zielen heraus ist auch die mißglückte Formulierung des Art. 1138 C.c. zu verstehen: "L'obligation de livrer (hier kommt plötzlich die an sich aufgebene Idee, daß die Besitzverschaffung (=livraison) zur Eigentumsübertragung nötig sei, wieder herein, gemeint ist "donner") est parfaite ...", wobei "parfaite" als "consomée, exécutée" zu lesen ist, also erfüllt "par le seul consentement des parties contractantes." (333)

Ähnliches gilt für die Formulierung des Art. 938 C.c.: "... sans qu'il soit besoin d'autre tradition." Hier wird ganz deutlich, daß die Vorstellung, die Besitzverschaffung sei notwendige Voraussetzung der Eigentumsübertragung, noch nicht ganz verdrängt ist, daß man gleichzeitig auch an die "tradition feinte" dachte. Die Übergabe sollte aber nach dem neuen System als erfolgt gelten "par le seul consentement des parties", also im Augenblick ihres Entstehens, ohne daß es daneben noch einer anderen (d'autre), d.h. wirklichen körperlichen Übergabe bedarf.

-----

- 332) Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud aaO.Nr.1617; "propriétaire de la chose, l'acquéreur est créancier de la livraison."  
Vgl. dazu Ripert-Boulanger Bd.II Nr. 2443 mit Nachweisen aus der damaligen Literatur. Dagegen, unter Behandlung der Lehren von Grotius und Pufendorf, Pothier, Du droit de domaine de propriété, Nr.245.
- 333) Daß es statt "livrer" "donner" heißen müßte, ergibt auch die Formulierung des Art. 1136 C.c.: "Die Verpflichtung, etwas zu geben (Verpflichtung zur "Sachverschaffung"), umfaßt die Pflicht, die Sache zu übergeben ...". Vgl. Colin-Capitant Bd.II Nr. 520; Ripert-Boulanger Bd.II Nr.2444 mit Zitaten aus den Motiven (Bigot de Préameneu) und der zeitgenössischen Literatur, Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud aaO. Bd.II Nr. 1617.

Bei den Grundpfandrechten, insbesondere der vertraglichen Hypothek als *b e s i t z l o s e m* Pfandrecht, konnte sich die Hinwendung zum Prinzip der Begründung "solo consensu" ohne Erfordernis einer Publizierung und ohne Trennung von kausaler Rechtsgrundabrede und dinglichem Erfüllungsgeschäft noch viel leichter vollziehen. Dieses Stadium der Entwicklung ist denn auch schon lange vor dem Code civil erreicht worden. (334) Dieser spricht den Grundsatz bei der Regelung der Grundpfandrechte nicht mehr an.

III. Ganz anders ist die Regelung im deutschen Recht. Das BGB hat einmal den von der Pandektistik, insbesondere von Carl v. Savigny (334a) ausgeformten Grundsatz der tatsächlichen und rechtlichen Trennung des zur dinglichen Rechtsänderung führenden Vorgangs übernommen: das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft läßt nur die Verpflichtung zur Vornahme der dinglichen Rechtsänderung entstehen, diese selbst wird im dinglichen Verfügungsgeschäft vollzogen (sog. materielles Konsensprinzip); beide bestehen unabhängig nebeneinander, die Mängel des einen berühren das andere in seiner Wirksamkeit nicht (Abstraktionsprinzip).

Das BGB verlangt zum anderen für die Begründung, Übertragung, Belastung und inhaltliche Änderung (soweit diese möglich ist) von Grundstücksrechten neben dem wirksamen Zustandekommen der Einigung, also des dinglichen Vertrags, der bei der Übertragung des Eigentums an Grundstücken besonders formalisiert ist und hier Auflassung heißt (§ 925 BGB), aber auch noch die Einhaltung einer bestimmten Offenbarmachungsform. Dies ist bei dinglichen Rechten in der Regel die Eintragung in das Grundbuch (§ 873 BGB) (sog. materielles Eintragungsprinzip). Statt der Eintragung genügt bei Briefgrundpfandrech-

-----

334) Vgl. dazu und zur Herkunft der französischen Hypothek Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. Einleitung S. XIX ff.; auch Ripert-Boulanger Bd. III Nrn. 66-68.

334a) Vgl. dazu und zur Fragwürdigkeit der Interpretation der römischen Quellen Felgentraeger, F.C. von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, auch Dulckeit, Festschrift für Fritz Schulz, Bd. I, S. 171, Fn. 1.

ten zu deren Übertragung und zur Begründung von Rechten daran auch schriftliche Abtretungs- oder Belastungserklärung (vgl. etwa §§ 1154, 1192, 1069 und 1274 BGB), die dann allerdings nicht die mit der Eintragung verbundenen sonstigen Wirkungen hat (anders bei öffentlicher Beurkundung, § 1155 BGB). Diese Ausnahme gilt aber bezeichnenderweise nur bei verbrieften Rechten, bei denen die Offenbarmachung durch die stets notwendige Übergabe des Briefes oder deren Surrogat (vgl. § 1117 Abs.2 BGB) gesichert ist, und nur für Übertragung und Belastung; für die Begründung des Rechts ist stets die Eintragung erforderlich.

Gleiches gilt für die Aufhebung von Grundstücksrechten, wofür aber die einseitige, zugangsbedürftige, ebenfalls abstrakte Aufgabeerklärung des Rechtsinhabers neben der Eintragung ausreicht (§ 875 BGB); für die Aufhebung von Rechten an einem Grundstücksrecht ist die Löschung allerdings nicht erforderlich. (335)

Beide Vorgänge, Einigung und Eintragung zusammen, bewirken in aller Regel erst die dingliche Änderung; fehlt eines der beiden Elemente, so tritt der angestrebte Erfolg nicht ein. Die Eintragung hat insoweit, aber auch nur insoweit, konstitutive Wirkung. Das BGB hat den Grundsatz der formalen Rechtskraft, der bedeutet, daß die Eintragung unabhängig von ihren gesetzlichen Voraussetzungen das Recht begründet, nicht angenommen. (335a)

Das deutsche Recht unterscheidet sich also hinsichtlich der Voraussetzungen und des Zeitpunkts des Eintritts der dinglichen Rechtsänderung im Liegenschaftsrecht vom französischen

-----  
335) Vgl. Wolff-Raiser aaO. § 40 VIII; dies gilt etwa für §§ 1072, 1273, 1255 BGB; Sonderfall: § 1178 Abs.2 S.1 BGB.

335a) Darüber besteht, wie Mezger, *Rôle comparé de la transcription immobilière française et de la "prénotation" du droit allemand*, *Rev.int.dr.comp.* 1949, S.324 ff.(325) ausführt, in Frankreich nicht immer Klarheit.

Recht in z w e i f a c h e r (335b) Hinsicht: nach seinen Regeln ist das normalerweise zu dieser Änderung führende Ge-

-----

335b) Genau genommen in d r e i f a c h e r : Die Trennung von obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft ist zwar notwendige Voraussetzung des Abstraktionsgrundsatzes (= Unabhängigkeit im rechtlichen Bestand), letzterer aber nicht notwendige Folge der Trennung, ebenso wenig eine Folge des Grundbuchsystems, wie das Beispiel etwa der Schweiz zeigt, wo eine Trennung zwischen dinglichem und obligatorischem Geschäft jedenfalls beim Grundstückskauf nicht stattfindet, trotzdem die dingliche Rechtsänderung erst mit der Eintragung eintritt (vgl. Art. 963, 965 ZGB). - In eine Diskussion um die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Grundsätze soll hier nicht eingetreten werden, wenn auch gerade der Vergleich mit dem französischen Recht dazu herausfordert. Immerhin erscheint der mit der Abstraktheit verbundene (angebliche) erhöhte Verkehrsschutz aber nicht voll gerechtfertigt, vor allem, wenn man daran denkt, daß die Kenntnis Dritter vom Mangel der Rechtsgrundabrede in der Regel einen Erwerb vom (trotzdem) berechtigten Veräußerer nicht hindert: es würde genügen, Dritte nach § 892 BGB bei Unkenntnis dieses Mangels zu schützen. Vgl. dazu etwa Krause AcP 145, 312 ff., der, ebenso wie Wieacker, DRWiss. 6, 59, Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940, Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, Beyerle, Festschrift für Boehmer, 1954, S. 164 ff., die Beseitigung der Trennung und des Abstraktionsgrundsatzes verlangt. Für eine Aufgabe bloß des Abstraktionsgrundsatzes u.a. Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, wohl auch Westermann, Sachenrecht § 4, besonders auch Locher, Zur Neugestaltung des Liegenschaftsrechts, 1942, S. 40 ff. Ähnlich wohl Lange, AcP 146, 28 ff. (49) Gegen letzteres vor allem Dulckeit aaO. S. 32: "Hierbei wird jedoch übersehen, daß die dingliche Einigung mit ihrer abstrakten Wirkung überhaupt jeden begrifflichen Sinn verlieren müßte: ein kausaler dinglicher Vertrag würde eine logisch ebenso überflüssige wie praktisch entbehrliche Verdoppelung der im Schuldvertrag bereits vollzogenen Willenseinigung darstellen. Denn diese bezieht sich begrifflich und für jede natürliche Auffassung eindeutig bereits auf Bestellung oder Übertragung des dinglichen Rechts selbst; und die entsprechenden vertraglichen Schuldverpflichtungen sind ... in Wahrheit nur eine Folgeerscheinung dieser Einigung." - Erwähnt sei hier noch, daß die bei der Kommission zur Reform des C.c. gebildete sous-commission des biens nicht abgeneigt war, eine Konzeption des Eigentumsübergangs anzunehmen, "qui distinguerait l'accord de volonté et l'opération de transfert, elle-même." Vgl. Travaux 1946-1947 S. 617

schäft in zwei Stufen mit zwei getrennten, im rechtlichen Bestand voneinander unabhängigen Willensübereinstimmungen aufgeteilt (bzw. bei der Aufhebung in eine Willensübereinstimmung und eine einseitige Willenserklärung), deren eine, das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, die dingliche Änderung herbeiführt, nicht fallen wie im französischen Recht in der einen Willensübereinstimmung obligatorischer und dinglicher Akt zusammen; dazu wird noch, anders als in Frankreich, die Einhaltung der vorgeschriebenen Offenbarmachungsformalität als Wirksamkeitsvoraussetzung verlangt. (336)

IV. Freilich erschien und erscheint es auch der französischen Doktrin etwas widersinnig, daß die bloße Willensübereinstimmung zwischen den Parteien, also ein relativer Rechtsvorgang, dazu genügen soll, das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht, vom Begriff her absolute, erga omnes wirkende Rechte, zu übertragen. Wie schon die Klausel in Art. 1583 C.c. "à l'égard du vendeur", im Verhältnis zum Verkäufer, andeutet, entfaltet die Regel der dinglichen Rechtsänderung solo consensu v o l l e Wirksamkeit auch nur zwischen den Parteien; die Bestimmung sagt nichts endgültiges darüber aus, wann der Käufer im Verhältnis zu Dritten Eigentümer wird. Aus diesem Umstand haben früher verschiedene Autoren ableiten wollen, daß zu diesem Zweck die Einhaltung bestimmter Publizitätsregeln notwendig sei. (337) Wenn auch die französische Lehre und Rechtsprechung sich spätestens seit der Mitte des 19. Jahrhunderts strikt auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt hat, so hat doch der Grundsatz selbst im Verhältnis zu gewissen Dritten, nämlich Inhabern konkurrierender Rechte,

-----  
336) Vgl. zu den Unterschieden etwa Predari, RvglHwb Bd.2, Stichw. Auflassung, und Friedrich, ebd. Bd.6, Stichw. Übereignung.

337) Vgl. die Ausführungen in den Motiven zum Transkriptionsgesetz vom 23.3.1855 (D.P.55.4.28 unter Nr.4). Zitat daraus unten Fn.429.

im Laufe der Entwicklung erhebliche Einschränkungen erleiden müssen.

Man hat sich auf Grund der praktischen Erfahrungen Überlegungen und Forderungen nicht verschließen können, das Prinzip der "relativité des contrats" (vgl. Art. 1134 Abs. 1 und 1165 C.c.) (338) und den Grundsatz der absoluten Wirkung der dinglichen Rechte miteinander in Einklang zu bringen, und zwar durch die Publizität, die gleichzeitig das Problem der Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts gegenüber Dritten befriedigend zu lösen vermag.

Entsprechendes gilt für die gesetzlich entstehenden dinglichen Sicherungsrechte, da sie ebenfalls an persönliche Rechtsbeziehungen, an relative Rechte angeknüpft werden, wie die Judikathypothek an das nur inter partes wirkende Urteil oder die Privilegien an bestimmte Forderungen.

#### B. Der Erwerb vom Nichtberechtigten

Aber nicht nur dieser Gesichtspunkt, sondern ein zweiter Umstand wurde in der Diskussion um die Einführung und die Ausgestaltung der Publizität stets angeführt und viel stärker hervorgehoben: der des Schutzes des Rechtsverkehrs.

Das französische Recht hat für den Erwerb von Liegenschaf-

-----

338) Für eigentumsübertragende Akte hat die Rechtsprechung die Geltung dieses Prinzips allerdings ausgeschlossen; sie hat diesen wie dem übertragenen Recht selbst absolute Wirkung zuerkannt, eine (wohl verfehlt, da Übertragung und übertragenes Recht verwechselnde, beim franz. Publizitätssystem aber verständliche) Folgerung aus dem reinen Vertragsprinzip. Vgl. dazu etwa Civ. 22.6.1864, D.P.64.1.412; Req. 20.2.1900, D.P.1900.1.250; 24.2.1938, D.H.1939.3; Civ.29.10.1945; D.1946.18. Vgl. Ripert-Boulanger Bd.II Nr. 567 ff., aber auch Bd.III Nr.332 und 333. Diese Regel hat für das Liegenschaftsrecht ihre Bedeutung mit dem Transkriptionsgesetz von 1855 weitgehend, mit dem durch die Gesetzesverordnung vom 4.1.1955 eingeführten Voreintragungsprinzip fast ganz verloren. Sie ist nur noch Beweisregel für den Fall, daß keiner der angeblichen Rechtsinhaber seinen Rechtserwerb eintragen ließ oder daß die Entgegensetzbarkeit gegen einen Außenstehenden in Betracht kommt.

ten den römisch-rechtlichen Grundsatz "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" übernommen und streng durchgeführt. (339) Er hat seinen Niederschlag gefunden etwa in Art. 1599 C.c.: "La vente de la chose d'autrui est nulle" oder in Art. 2182 Abs. 2 C.c.: "Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue."

Die praktisch bedeutsamsten Fälle des Erwerbs vom Nichtberechtigten lassen sich in zwei Gruppen aufgliedern (340):

Zunächst besteht die Möglichkeit, daß der bisherige Berechtigte, der mit der bloßen Einigung sein Recht verloren hat, ein zweites Mal zugunsten eines Dritten verfügt. (341) Zu dieser Gruppe gehören nicht nur der Fall, daß der Voreigentümer nochmals über sein Eigentum verfügt, sondern auch

- 
- 339) Vgl. Ripert-Boulanger Bd. II Nr. 2418; Nerson, Rép. dr. civ. Dalloz, Stichw. "propriété" Nr. 168. Im Fahrnisrecht ist dieser Grundsatz durch das Zusammenspiel der Art. 2279 ("En fait de meubles la possession vaut titre") und 1141 (gutgläubiger Fahrnisserwerb) praktisch ausgeschaltet: der gutgläubige Besitz gilt als Erwerbstitel; der gutgläubige Besitzer braucht sein Eigentum nicht zu beweisen.
- 340) Der außerhalb des Registerrechts gelöste Fall der Verfügung durch den Scheineigentümer, insbes. durch einen Scheinerben (héritier apparent) soll hier nicht behandelt werden. Die entgeltlich vorgenommenen Verfügungen des zunächst als Eigentümer Angesehenen sind wirksam, auch wenn sich später, etwa durch ein inzwischen aufgefundenes Testament, die mangelnde Verfügungsmacht herausstellt. Vgl. dazu Ripert-Boulanger Bd. IV Nr. 2311 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; neuestens den Fall Cass. Civ. 3.4.1963, JCP 1964 Nr. 13502 mit Anm. Mazeaud, in dem es um die Bestellung von Hypotheken durch einen (eingetragenen) "propriétaire apparent" ging. Die Wirksamkeit derselben wurde trotz Art. 2125 C.c. bejaht. Diese Praxis, die sich auf die Regel "error communis facit ius" stützt (vgl. dazu Dérida, Rép. dr. civ. Dalloz, Stichw. "apparence"), hat durch die Reform von 1955, die das Voreintragungsprinzip eingeführt hat, eine Änderung dahingehend erfahren, daß sie jetzt leichter und praktisch immer anwendbar ist: die zur weiteren Verfügung notwendige Publikation des Erwerbstitels des Veräußerers wird immer einen "error communis" erzeugen (so schon für die Rechtslage vor 1955 Ripert-Boulanger Bd. IV Nr. 2314).
- 341) Eine Möglichkeit, die auch nach dem jetzigen franz. Liegenschaftsrecht, das keinen direkten materiellen Eintragungszwang kennt, theoretisch nicht ausgeschlossen ist.

die Fälle, daß er sein bereits übertragenes Eigentum belastet, daß der frühere Inhaber einer Hypothek diese nochmals zediert u.ä., u.U. auch der Fall des Scheingeschäfts, durch das ein anderes verdeckt wird. (342)

Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle der Weiterverfügung durch den zunächst (scheinbar oder wirklich) Berechtigten.

Hierzu gehören in erster Linie die Fälle, in denen eine wirksame Übertragung überhaupt nicht stattgefunden hat, aber nach außen ein dahingehender Anschein besteht, also die Fälle der "nullité absolue", der Nichtigkeit. Hierbei sind insbesondere das Fehlen einer wirksamen Willenserklärung, etwa wegen Geschäftsunfähigkeit, das Fehlen eines "objet légal" (Art. 1126 ff. C.c.), das Fehlen einer causa und das Vorliegen einer falschen oder ungesetzlichen causa (Art. 1131 ff. C.c.) zu erwähnen. Diese Fälle sind umso mehr problematisch, als die französische Praxis und im Anschluß an sie die Lehre, vor allem die neuere, grundsätzlich die klageweise Geltendmachung auch der "nullité absolue" fordern, eine Wirksamkeit ipso iure, wie sie im deutschen Recht angenommen wird, also ablehnen. (343)

Dazu kommen die Fälle des ursprünglich wirksamen, später rückwirkend vernichteten Rechtsgeschäfts.

Ein Hauptbeispiel hierfür ergibt sich aus der rechtsdogmatischen Konstruktion der Übereignung solo consensu: diese kann, auch bei Grundstücken, anders als im deutschen Recht (§ 925 Abs.2 BGB), bedingt oder befristet sein. Die aufschiebende Bedingung, die auch für den Eigentumsübergang jederzeit vereinbart werden kann, bringt in dieser Hinsicht kaum Gefah-

-----

342) Dieses erzeugt grundsätzlich keine Drittwirkung, sondern wirkt nur inter partes, Art. 1321 C.c., der Dritte kann sich aber in der Regel nach seiner Wahl entweder auf das verdeckte oder auf das vorgegebene Geschäft berufen. Vgl. die bei Art.1321 im Petit Code Civil Dalloz zitierte Rechtsprechung und Literatur, ebenso den dort wiedergegebenen Art. 1793 Code général des impôts.

343) Vgl. dazu Schätz, Die Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte nach deutschem und französischem Recht, Diss.München 1960, S.180 ff.

ren mit sich; für den Rechtsverkehr gefährlich ist vielmehr die auflösende Bedingung, vor allem die des Art.1184 C.c.:im Fall der Nichterfüllung gilt jeder gegenseitige Vertrag als auflösend bedingt geschlossen. Allerdings wird dieser nicht ipso iure aufgelöst, sondern durch Gerichtsentscheidung mit rückwirkender Kraft (vgl.Art.1183 und 1234 C.c.); in Wahrheit handelt es sich bei Art.1184 also um eine allgemeine Vorschrift über den Rücktritt wegen Nichterfüllung.

Ähnliches gilt für den eigens geregelten Rücktritt vom Kaufvertrag seitens des Käufers (Art.1610 C.c.) oder des Verkäufers (Art.1654 C.c.), für den Widerruf der Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflagen (Art.954, 956 C.c.) (344), für die Auflösung wegen Übervorteilung (lésion, Art.1118,1674 ff.) oder wegen Willensmängeln (Art.1117, 1109).

Mit der Auflösung des Vertragsverhältnisses ist der Veräußerer rückwirkend Rechtsinhaber, der Erwerber ebenso rückwirkend Nichtberechtigter, sodaß alle von ihm zwischenzeitlich getätigten Rechtsgeschäfte grundsätzlich unwirksam sind.

#### C. Lösung der Probleme durch die Publizität.

Bei beiden Fallgruppen kann mit der Einführung einer Publizität ein gewisser Schutz des Rechtsverkehrs erreicht werden. Auch das französische Recht hat diesen Schutz nicht ganz ausser Acht lassen können, vor allem nicht wegen des Bodenkredits, der in Frankreich seit jeher unter der Vernachlässigung der Publizitätsfrage gelitten hat.

344) Art.954 C.c. umreißt die Wirkung des Widerrufs besonders deutlich:"Im Fall des Widerrufs wegen nicht erfüllter Bedingungen fallen die Vermögensgegenstände, frei von allen vom Schenkungsnehmer herrührenden Lasten und Hypotheken, an den Schenker zurück; diesem stehen gegen Drittbesitzer von geschenkten Liegenschaften alle die Rechte zu, die er gegen den Schenkungsnehmer selbst hätte." - Anders für den Sonderfall des Widerrufs der Schenkung wegen Undankbarkeit. Hier gab der Code mit Art.958 schon in der Urfassung dem Erwerber eines dingl.Rechts umfassenden Schutz: mangels vorheriger Publikation schadet der Widerruf dem neuen Rechtsinhaber nicht. Ähnliches gilt seit dem Gesetz vom 2.6.1841 für den Hypothekengläubiger des Erwerbers in der Zwangsversteigerung: Art.717 n.F. C. proc.civ. schützt ihn jedenfalls vor der action résolutoire des Verkäufers. S. dazu unten bei Fn.597

## I. Ausgestaltung der Publizität.

Ob und wieweit der Rechtsverkehr geschützt wird, hängt von der Ausgestaltung der Publizität ab.

a) Das französische Recht hat hierbei, abgesehen von dem durch das schon mehrfach erwähnte Gesetz vom 9 messidor an III (27. 6.1795) (345) unternommenen Versuch, die *E n t s t e h u n g* wenigstens der Vertragshypothek von der Eintragung abhängig zu machen (Art.3), einen vom Recht des BGB abweichenden Weg eingeschlagen, der im Gesetz vom 11 brumaire an VII zum ersten Mal klar umrissen wurde und auch heute noch befolgt wird: es hat die Publizierung als Voraussetzung dafür erklärt, daß das erworbene Recht Inhabern konkurrierender, d.h. am selben Grundstück bestellter und von derselben Person herrührender, eingetragener, aber nicht unbedingt gleichartiger Rechte entgegengehalten werden kann (*opposabilité aux tiers*). (346)

Auf das Unterlassen der Eintragung können sich demnach die Vertragsparteien selbst und ihre Rechtsnachfolger ebensowenig berufen wie - trotz ihrer Berechtigung auch an den Grundstücken des Schuldners nach Art. 2092 C.c. - die nicht bevorrech-

-----

345) Vgl. oben Fn.228 und 249. Vorschläge für die Einführung einer konstitutiven Publizität wurden immer wieder gemacht, so insbes. auch von der "commission extraparlamentaire du cadastre". Vgl. dazu unten unter C II d 1

346) Vgl. dazu schon oben Fn.8. - Für das Eigentum und die dinglichen Rechte außer Hypothek und Privileg ergibt sich dies heute aus Art.30-1<sup>o</sup> der Gesetzesverordnung vom 4.1. 1955: "Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité ... sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques." Ähnlich schon Art.26 des Gesetzes vom 11 brumaire an VII (zit. bei Ripert-Boulangier Bd.III Nr.335) und Art.3 des Transkriptionsgesetzes vom 23.3.1855 (D.P. 55.4.27). Für die Grundpfandrechte vgl. Art. 2166 C.c. - Daß in Frankreich auch heute noch zwei getrennte Register bestehen, nämlich das Inskriptionsregister für Hypotheken und Privilegien (in dieses wurde und wird nur ein Auszug des Begründungs- oder Verfügungsakts eingetragen) und das Transkriptionsregister, in welches bis zu dem Gesetz vom 24.7.1921 (D.P. 1921.4.215) der ganze Akt wörtlich

tigten (chirographischen) Gläubiger. Bei letzteren ist der Grundsatz aber fast bloße Theorie, da sie sich in den Fällen, in denen die Berufung auf die Nichteintragung in Frage kommt, entweder auf ihnen gesetzliche zugesprochene dingliche Rechte stützen oder ausnahmsweise auch auf die Nichteintragung berufen können. Im Falle der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens (347) gestand ihnen Art. 490 C.com. und gesteht ihnen heute der diese Vorschrift ablösende Art. 49 der Gesetzesverordnung vom 20.5.1955 (348) eine Legalhypothek an den Grundstücken des Schuldners zu. Beim Tod des Verkäufers eines Grundstücks gibt den Gläubigern der 1955 neugeschaffene Abs.6 des Art. 2103 C.c., wie früher schon die Rechtsprechung, für den Fall der von ihnen selbst betriebenen Trennung der Vermögensmassen (Nachlaß einerseits, Vermögen des Erben andererseits, Art. 878 C.c.) (349) ein Privileg an den Nachlaßgrundstücken. In beiden Fällen sind sie dingliche Gläubiger, über die Reihenfolge der Befriedigung entscheidet also die Reihenfolge der Eintragung. Schließlich kann im Fall der Liegenschaftspfändung seit der Neufassung des Art. 686 C.proc.civ. durch die Gesetzesverordnung vom 17.6.1938 (350) nach Transkription der durch den Gerichtsvollzieher erfolgenden Zahlungsaufforderung (commandement, Art. 674 n.F. C.proc.civ.) eine gegen sie wirksame Transkription von (vorher oder nachher stattfindenden) Veräußerungen und eine Inskription von Hypotheken nicht mehr er-

-----  
überschrieben wurde, seitdem auch im Auszug, für die Begründung von und Verfügung über alle anderen dinglichen Rechte, ist hierbei ohne Bedeutung. Beide werden durch das registre des dép-ôts, in dem a l l e zu publizierenden Akte in der Reihenfolge des Eingangs eingetragen werden, miteinander verbunden.

347) Beide gibt es in Frankreich nur für Kaufleute.

348) D. Nr.55-583, J.O. 21.5.1955, S. 5086 = D.1955. Iég.237

349) Vgl. dazu oben unter 1.Kap. IIIB

350) D.P. 1938. 4.310

folgen. (351)

Für die Hypotheken ist von vorneherein der Kreis der Dritten, die sich auf die Nichteintragung berufen können, weiter gezogen, ebenso für die Grundstücksschenkungen.

Art. 2134 a.F. und der gleichlautende Art. 2134 Abs.1 n.F. C.c. bestimmen, daß eine Hypothek, gleich welcher Art, (352) zwischen den Gläubigern Rang, also das die Hypothek interessant machende Recht auf vorzugsweise Befriedigung erst mit der Eintragung erhält. Zu diesen Gläubigern zählen nicht nur die dinglich gesicherten, sondern auch die einfachen (chirographischen) Gläubiger des Bestellers der Hypothek. Für letztere war dies nach Inkrafttreten des Code civil zunächst bestritten gewesen, die Rechtsprechung hat aber sehr bald geklärt, daß die in Art. 2134 C.c. verwendete Formulierung "entre les créanciers" eine Unterscheidung zwischen beiden Arten von Gläubigern nicht zulasse. (353) Für letztere ist die Nichteintragung allerdings nur von Bedeutung, wenn eine Eintragung seitens des Hypothekengläubigers nicht mehr möglich ist, also nach Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens (Art. 448 a.F., 479 n.F. C.com.) (354) oder, für

- 
- 351) Vgl. Ripert-Boulanger Bd.III Nr.344.Für die Hypotheken vgl. unten bei Fn. 356. - Das belgische Hypothekengesetz von 1851 (Art.1) erlaubt allen chirographischen Gläubigern, sich auf die Nichteintragung zu berufen.
- 352) Bis zur Reform von 1955 waren die Legalhypotheken der Ehefrau und der unter Vormundschaft stehenden Personen zwar von der Eintragung befreit, und sie hatten gemäß Art. 2135 a.F. C.c. Wirkung vom Tag der Eheschließung bzw. des Antritts der Vormundschaft an, aber schon Art.8 des Transkriptionsgesetzes vom 23.3.1855 bestimmte, daß die von den genannten Legalhypotheken, die nicht spätestens ein Jahr nach Auflösung der Ehe bzw. Erlöschen der Vormundschaft eingetragen werden, gegenüber Dritten Rang erst ab der (späteren) Eintragung haben. Die Eintragung war und ist dann nicht mehr möglich, wenn auch die anderen Hypotheken nicht mehr inskribiert werden können (so schon Paris 24.6.1862, D.P.63.2.1; ebenso Civ.17.8.1868, D.P.68.1.398);vgl.dazu die folgenden Ausführungen.
- 353) Vgl. Req.19.12.1809, S.10.1.101; Civ.17.8.1868,loc.cit.; Orléans 26.8.1869, D.P.69.2.185; Raynaud, Rép.dr.civ. Dalloz, Stichw."inscription hypothécaire", Nr.12
- 354) In Frankreich gibt es, wie schon erwähnt, beide nur für Kaufleute.

Nachlaßgläubiger, bei Annahme der Erbschaft unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung (Art. 2146 a.F., jetzt Art. 2147 Abs.2 und 3 C.c.). Die Reform von 1955 hat bei der Neufassung des Art. 2147 ausdrücklich zwei andere Ereignisse hinzugefügt: die Eintragung des Grundstücksverkaufs (355) und der Liegenschaftspfändung (saisie immobilière, Art. 686 Abs.2 C.proc. civ. i.d.F. des Dekrets Nr. 59-89 vom 7.1.1959). (356)

Für Grundstücksschenkungen bestimmt Art. 941 C.c. schon in der Urfassung, daß die Nichteintragung derselben von allen interessierten Personen mit Ausnahme derjenigen, die selbst zur Vornahme der Transkription verpflichtet sind, deren Rechtsnachfolger und des Schenkers selbst geltend gemacht werden kann. Hier wird das normale Prinzip der non-opposabilité aux tiers also umgekehrt: die Übertragung ist praktisch gegenüber allen Dritten unwirksam, nur die in Art. 941 C.c. genannten Personen können sich auf das Fehlen der Eintragung nicht berufen. (357)

Zwischen den Parteien genügt also für die Verfügung weiterhin das wirksame Zustandekommen des mit dem obligatorischen Vertrag zusammenfallenden dinglichen Rechtsgeschäfts, ebenso gegenüber allen Dritten, die kein konkurrierendes Recht am Grundstück haben eintragen lassen. Eine der Regelung des deutschen Rechts entsprechende konstitutive Wirkung kam und kommt

-----

355) Für den Zuschlag in der Zwangsversteigerung vgl. Art. 717 Abs.3 n.F. C.proc.civ.

356) Für die letztere galt diese Regelung schon länger. Das bereits erwähnte Dekret vom 17.6.1938 (D.P.1938.4.340) hatte Abs.2 des Art. 686 C.proc.civ. dahingehend geändert, daß ab Eintragung (transcription) der durch den Gerichtsvollzieher erfolgenden Zahlungsaufforderung (commandement), die der Pfändung selbst gleichgestellt wurde (Art. 674 C.proc.civ. i.d.F. von 1938), auch die Eintragung von Hypotheken unwirksam ist. - Vgl. zum Ganzen Planiol - Ripert - Becqué aaO. Bd.XII Nr. 758 und Bd. XIII Nrn. 935 ff. sowie Nrn. 1104 ff.; zum Rechtszustand nach der Reform von 1955 Ripert - Boulanger Bd.III Nrn. 401 und 407 ff.

357) Vgl. Ripert-Boulanger Bd.III Nrn. 352 ff.

der Eintragung in die französischen Register nicht zu. (358)

Die dermaßen ausgestaltete Publizität vermag die Fälle der ersten Gruppe - allerdings nur zum Teil - dahingehend zu lösen, daß Dritte geschützt werden.

Die Bestimmung allein, daß ein Rechtserwerb Inhabern konkurrierender Rechte nicht ohne Eintragung entgegengesetzt werden kann, hilft nämlich nur weiter, wenn und solange der Ersterwerber seinen Rechtserwerb selbst nicht eintragen ließ. In diesem Fall kann sich der Ersterwerber dem eingetragenen Zweiterwerber gegenüber auf seinen (nach materiellem Recht allein gültigen) Rechtserwerb entweder überhaupt nicht berufen, nämlich dann, wenn beide Rechte sich ausschließen (Eigentum oder Nießbrauch), oder zumindest nicht auf lastenfreien Erwerb (etwa bei Belastung mit einer Hypothek durch den Voreigentümer); anders ausgedrückt: der Ersterwerber kann dem Zweiterwerber nicht die mangelnde Verfügungsmacht des (nicht mehr berechtigten) Veräußerers entgegenhalten. Er verliert damit praktisch sein mit dem Vertragsabschluß bereits erworbenes Recht an den schnelleren Zweiterwerber.

Hat dagegen auch der Ersterwerber seinen Titel publiziert, so muß noch eine Regelung der Rangfolge hinzutreten. Von den beiden Möglichkeiten, die hier die sich als Lösungsmittel natürlicherweise anbietende Regel "prior tempore - potior iure"

-----

358) Bärmann, AcP 155, 440 ff., und im Anschluß an ihn Raiser in Wolff-Raiser aaO. § 26 Anm.8, wollen der Publikation nach der Reform von 1955 "eindeutig konstitutiven Charakter" zuerkennen. Diese Ansicht ist nicht zutreffend, da die Reform an dem schon bisher bestehenden "deklaratorischen" Charakter der Publizität als bloßem Erfordernis der "opposabilité aux tiers" nichts geändert hat, vielmehr das in den Art. 1138 und 1583 C.c. zum Ausdruck gebrachte sog. Vertragsprinzip unverändert beibehalten. Von einer gewissen konstitutiven Wirkung kann nur in dem anschließend behandelten Fall gesprochen werden, daß vom Rechtsinhaber zweimal über das gleiche Recht verfügt wird und der Zweiterwerber zuerst publiziert. Diese Regelung bestand aber auch schon vor der Reform von 1955. Vgl. dazu die eingehenden und zutreffenden Ausführungen von Blanke aaO., S.88 ff. mit zahlreichen Nachweisen, ebenso S.11 ff. und S.133 unter Nr.5.

bietet, nämlich entweder den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder den der Eintragung entscheiden zu lassen, hat das französische Recht sich für die letztere entschieden:

"Qui transcrit ou inscrit le premier l'emporte." (359)

Die Folgen der späteren Eintragung sind die gleichen, wie wenn überhaupt keine Eintragung erfolgt wäre: der zuerst publizierende Erwerber erhält das Recht für sich. Die Regel "nemo dat quod non habet" wird hier durch die Maxime "prior tempore potior iure" ausgeschaltet.

-----  
359) Ripert-Boulanger Bd.III Nr.348. Vgl. die Formulierung in Art. 30-1 der Gesetzesverordnung vom 4.1.1955: "ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques ... ont été antérieurement publiés." Für die Grundpfandrechte selbst vgl. Art.2134 (droit de préférence) und 2166 (droit de suite) C.c. - Für den Fall, daß die Eintragung konkurrierender Rechte am selben Tag beantragt wird und erfolgt, hatte man vor der Reform von 1955 eine relativ einfache Regel: entscheidend war für Transkriptionen unter sich oder im Verhältnis zu Inskriptionen die Reihenfolge der Eintragung im registre des dépôts, ohne Rücksicht auf das Datum des Rechtsgeschäfts (vgl. etwa Caen 18.7.1908, D.P.1908.2.361, note de Loynes (zwei Transkriptionen), Paris 15.5.1900, S.1902.2.187 (Transkription und Inskription); für Hypotheken galt Art. 2147 C.c.: entscheidend war der Zeitpunkt der Bestellung, bei gleichem Datum erhielten sie gleichen Rang, ohne Rücksicht auf die Eintragung im registre des dépôts. Das Reformdekret vom 4.1.1955 hat beim Versuch, eine einheitliche Regelung für alle Eintragungen zu geben, einen undurchführbaren Widerspruch begründet. Art. 31-1. erklärt zunächst wie der neue Art.2134 Abs.2 C.c. für die Hypotheken das ältere Datum für ausschlaggebend. Bei gleichem Datum von Hypothek und anderen dinglichen Rechten wird ersterer der Vorzug gegeben (Art. 31-2.), letztere sowie die Hypotheken selbst haben unter sich gleichen Rang (Art.31-3. und Art. 2134 Abs.4 n.F. C.c.), eine Regelung, die beim Verkauf eines Grundstücks undurchführbar ist, so daß man hier wieder auf die Reihenfolge des registre des dépôts abstellen muß (Ripert-Boulanger Bd.III Nr.350). - Ähnliches gilt für das Zusammentreffen von pfändungsgleicher Zahlungsaufforderung (commandement valant saisie, vgl. oben bei Fn. 350 und Fn. 356) und eintragungspflichtigen Rechten (Art. 31-4.). Vgl. zur Neuregelung Blanke aaO. S.65.

In dieser Gestalt löst die Publizität alle Probleme der ersten Fallgruppe. Hier kann man der Eintragung auch eine gewisse konstitutive Wirkung zusprechen. Wenn der zuerst publizierende Zweiterwerber entgegen der Regel "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" das Recht deswegen zugesprochen erhält, weil er eben zuerst publiziert hat, so ist es, da nach französischem Liegenschaftsrecht ein guter Glaube an die Innehabung des Rechts oder die Verfügungsmacht nicht erforderlich ist (360), sogar allein die Eintragung, an die sich der Rechtserwerb knüpft. Die Eintragung ist nicht nur konstitutiver Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs - ein solcher liegt hier garnicht vor, da ein Nichtberechtigter nicht wirksam verfügen kann - sondern selbst rechtsbegründend; ihr kommt in diesem Sonderfall formale Rechtskraft zu. Es handelt sich also in Wahrheit um einen Erwerb kraft Gesetzes.

Aus diesem Sonderfall kann aber nicht geschlossen werden, daß die Publikation allgemein Voraussetzung für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung wäre. Läßt der Zweiterwerber sein "Recht" nicht eintragen, so ist der Ersterwerber auch ohne Eintragung im Verhältnis zu jedermann auf Grund der blossen Willensübereinstimmung Rechtsinhaber geworden und geblieben. Es gilt das, was Ripert et Boulanger als Grundsatz festlegen (361): "La transcription des mutations immobilières n'est qu'une condition d'opposabilité du droit transmis: ce n'est pas un procédé de transmission."

-----

- 360) Der Zweiterwerber erwirbt also (grundsätzlich) mit der vorgängigen Publikation seines Titels das Recht auch dann, wenn er von der vorherigen anderweitigen Verfügung weiß. Eine Bestimmung wie Art.1141 C.c., der für Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten guten Glauben vorschreibt, besteht für den Erwerb von dinglichen Rechten nicht. Vgl. Ripert-Boulanger Bd.III Nr. 349 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung, für die Hypothek Raynaud, Rép.dr.civ. Dalloz, Stichw. "inscription hypothécaire", Nr.13 und 14.
- 361) aaO. Bd.II Nr. 2462. Vgl. auch Chenu aaO. S.50 f.

Im Gegensatz dazu schreibt das deutsche Recht, wie schon ausgeführt, die Einhaltung einer bestimmten Offenbarmachungsform, im Liegenschaftsrecht in der Regel die Eintragung in das Grundbuch, als unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung des dinglichen Rechtsgeschäfts vor. Das führt dazu, daß Konstellationen, wie sie im französischen Recht in den Fällen der ersten Gruppe auftreten, im deutschen Recht nicht zu Konflikten um die Innehabung des Rechts führen.

Wenn der bisherige Rechtsinhaber zweimal hintereinander über dasselbe Recht verfügt, so ist er, soweit der Ersterwerber nicht eingetragen ist, auch bei der zweiten Verfügung noch Rechtsinhaber. Es liegt dann kein Erwerb vom Nichtberechtigten vor. Ist der erste Rechtserwerb hingegen vor der nochmaligen Verfügung eingetragen, so ist diese zwar Verfügung eines Nichtberechtigten, sie kann aber in keinem Fall zum Verlust des Rechts des Ersterwerbers führen, höchstens zu einem Rangnachteil dann, wenn bei sich nicht ausschließenden Rechten, etwa zwei Hypotheken, der Zweiterwerber sein Recht früher publizieren läßt. (362)

Die deutsche Regelung ist insoweit sauberer und gerechter, da sie dem Erwerber sein Recht erhält und nicht zu einem Rechtsverlust führt, gegen den der Ersterwerber bei den Zufälligkeiten des Registerwesens häufig selbst nichts unternehmen kann. Das französische System belohnt dagegen unter Umständen den Rechtsbruch des Veräußerers (363), der häufig genug im

-----

362) Hiergegen kann die dem gemeinfranzösischen Recht unbekannte (anders das Lokalrecht von Elsaß-Lothringen, Art.39 des Gesetzes über die Einführung des französischen Zivilrechts in den Departements Bas-Rhin, Haut-Rhin und Moselle vom 1.6.1924; vgl. dazu Lotz, La publicité foncière et le régime des privilèges et hypothèques en droit local Alsacien-Lorrain, Paris 1960, Nr.127 ff.) Vormerkung (§ 883 ff. BGB) schützen.

363) In aller Regel wird die Zweitveräußerung einen höheren Gewinn erbringen, sonst würde sie kaum vorgenommen. Die dem Ersterwerber zustehende Schadensersatzklage wird - falls sie überhaupt gegen den Veräußerer gerichtet wird, was in Frankreich, anders als bei uns (ausgenommen

Einverständnis mit dem Zweiterwerber erfolgt; dies ist nur bei ausgesprochener Kollusion, dem Zusammenspiel von Veräußerer und Zweiterwerber in der nachweisbaren Absicht, den Ersterwerber um sein Recht zu bringen, von der Rechtsprechung zum Anlaß genommen worden, die "konstitutive" Wirkung der Eintragung auszuschließen. (364)

b) Die Probleme der zweiten Fallgruppe des Erwerbs vom Nichtberechtigten vermag ein Publizitätssystem, das die Eintragung bloß als Voraussetzung der "opposabilité aux tiers" verlangt, nicht zu lösen, da es eben rein auf den Fall des zweimaligen Erwerbs vom selben Veräußerer, der beim ersten Mal wirklich Rechtsinhaber war, zugeschnitten ist. Hierfür müssen dem Eintrag vielmehr gewisse sonstige Wirkungen zukommen, und zwar entweder formale Rechtskraft - das Recht wird durch die Eintragung auch dann begründet, wenn es materiell-rechtlich nicht entstanden ist, die Eintragung selbst hat für sich konstitutiven Charakter (365) - oder öffentlicher Glaube: zugunsten desjenigen, der in gutem Glauben an die Richtigkeit der Eintragung ein Recht erwirbt, wird das Register als richtig und vollständig angesehen, das Bestehen des Rechts und die Berechtigung des Eingetragenen also, soweit sie nicht gege-

-----

§ 816 BGB) nicht unbedingt erforderlich ist, vgl. Mezger, *Rôle comparé de la transcription immobilière française et de la "prénotation" du droit allemand*, *Rev.int.dr. comp.* 1949, S.324 ff.(327) - diesen meist nicht aufzählen.

364) Nachweise bei Ripert-Boulangier Bd.III Nr.349. Für die Hypothek vgl. Raynaud, *Rép.dr.civ.* Dalloz, Stichw. "inscription hypothécaire", Nr.15. Vgl. auch Rouast, *La fraude en matière de mesures de publicité dans le droit civil français*, in *Aequitas und Bona Fides*, Festschrift für August Simonius, Basel 1955, S.333 ff.; Chenu aaO. S.45 ff. Zu einem Teil der Problematik auch Mezger aaO., der an Hand des damals aufsehenerregenden Falles *Comte de Pange gegen Stadt Paris* (JCP 1949.II.4972, Anm. Becqué) nachweist, daß in solchen Fällen das deutsche Recht mit Hilfe der Vormerkung (§ 883 BGB) zu gleichen Ergebnissen wie das französische gelangen kann.

365) Diese Eigenschaft hat, wie gezeigt, die Eintragung des französischen Rechts in dem besonderen Fall des Zusammenstehens zweier konkurrierender Rechte, wenn der Zweiterwerber seinen Titel zuerst publiziert.

ben sind, fingiert (sog.materielles Publizitätsprinzip). Mit dieser letzteren Ausgestaltung wird zwischen dem Grundsatz der formalen Rechtskraft und dem Grundsatz vermittelt, daß stets die materielle Rechtslage entscheidet.

In diesem Punkt unterscheiden sich das französische und das deutsche Recht ganz entscheidend. (366)

Beide Rechte gleichen sich noch darin, daß die Eintragung im Verhältnis zwischen Veräußerer und Ersterwerber Mängel des zwischen ihnen geschlossenen Rechtsgeschäfts *n i c h t* heilt: die Eintragung entwickelt hier dem wahren Rechtsinhaber gegenüber keine Wirkungen.

Die Eintragung führt nach deutschem Recht insoweit lediglich zu einer Beweislastumkehrung: § 891 BGB stellt eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs auf, und zwar sowohl hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechts als auch hinsichtlich der Person des Berechtigten. Wer die Unrichtigkeit des Grundbuchs behauptet, muß diese beweisen. Im französischen Recht kommt der Eintragung eine derartige Vermutung für die Richtigkeit nicht zu. (367).

Während nun das französische Recht den Grundsatz, daß die Eintragung Mängel der Erstübertragung nicht heilt, auch auf alle folgenden Rechtsnachfolger ausdehnt und lediglich den Erwerber, der sich auf die Nichteintragung verläßt, schützt(368),

-----

- 366) Mezger aaO. S.328, Fn.2: "La différence entre les deux législations éclate dans les hypothèses où il faut départager, non pas un premier et un second acheteur du même vendeur, mais le premier vendeur et le second (sous-) acquéreur."
- 367) Die Regel des § 891 BGB wurde, anders als der öffentliche Glaube des Grundbuchs, in Elsaß-Lothringen bei der Wiedereinführung des französischen Rechts durch das Gesetz vom 1.6.1924 (J.O.3.6.1924) beibehalten. Dessen Art.41 stellt eine fast wörtliche Wiedergabe von § 891 BGB dar.
- 368) Für das französische Register gilt also ein negatives Publizitätsprinzip: wer ein Recht eingetragen hat, braucht andere, eintragungspflichtige, aber nicht eingetragene Rechte nicht gegen sich gelten zu lassen, gleichgültig, ob er sie kannte oder kennen mußte oder nicht. Dies gilt auch für das elsaß-lothringische lokale Grundbuch. Vgl. Lotz aaO. Nr.6.

äußert die Eintragung nach dem BGB Schutzwirkung für rechtsgeschäftliche (369) Zweiterwerber, die auf die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch vertrauen: die Eintragung genießt öffentlichen Glauben (§§ 892, 893 BGB). Hält der (Zweit-) Erwerber das Grundbuch für richtig, so erwirbt er vom eingetragenen Nichtberechtigten das Recht des nicht eingetragenen Berechtigten; eine anfängliche oder rückwirkende Nichtberechtigung kann ihm nicht schaden.

Neben der Eintragung ist also guter Glaube erforderlich, der vermutet wird und, weitergehend als bei Fahrnis (§ 932 II BGB), nicht schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Erwerber infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört, sondern erst, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit der Eintragung kennt (§ 892 Abs.1 BGB).

Nach französischem Recht erwirbt dagegen auch der gutgläubige Dritte das dem Veräußerer vermeintlich zustehende Recht nicht. Das ist auch anerkanntermaßen eine der Schwächen des französischen Publizitätssystems. (370) Er ist allerdings nicht ganz schutzlos: Art. 1599 C.c. gibt ihm einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Verkäufer wußte oder hätte wissen müssen, daß der veräußerte Gegenstand ihm nicht gehörte. Überdies sind die oben aufgeführten Fälle einer (nachträglichen) Beseitigung der Verfügungsmacht doch recht selten, vor allem wegen der - seit der Reform von 1955 auf alle denkbaren Fälle ausgedehnten - Mitwirkungspflicht der Notare, und wenn solche Eviktionsfälle einmal vorkommen, so begünstigt die Rechtsprechung weitgehend den betroffenen Dritten. (371)

-----  
369) § 892 BGB gilt nicht für den Erwerb kraft Gesetzes oder durch Staatsakt. Vgl. Soergel-Baur aaO. Bem.15 zu § 892; Wolff-Raiser aaO. § 45 I 3

370) Vgl. etwa Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud Bd.II Nr.1626

371) Vgl. Chenu aaO. S.89/90. Nähere Ausführungen hierzu auch bei Blanke aaO. S.134 ff. unter Nr.6

c) Die Entscheidung darüber, ob der Eintragung in ein Register öffentlicher Glaube zukommen soll oder nicht, hängt davon ab, ob der wahre Berechtigte oder gutgläubige Dritte den Vorzug erhalten sollen. Eine Entscheidung in dieser oder jener Richtung läßt sich weder rein logisch noch aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten begründen, sondern muß dem Belieben des einzelnen Gesetzgebers überlassen bleiben. Es läßt sich höchstens sagen, daß die absolut strenge Durchführung des einen oder anderen Gedankens nicht der richtige Weg sein kann, sondern eine Abwägung und Berücksichtigung der Interessen der jeweils anderen schutzwürdigen Personengruppe stattfinden sollte.

In Deutschland hat schon der Gesetzgeber der durch das mögliche zeitliche Auseinanderfallen von Einigung und Eintragung oder der Buchlage und der wahren Rechtslage gefährdeten Partei mit der Vormerkung des § 883 BGB bzw. dem Widerspruch des § 899 BGB ein Schutzmittel gegen die Auswirkungen des öffentlichen Glaubens der Eintragung in die Hand gegeben.

Die deutsche Praxis hat den Grundsatz des § 892 BGB auch nicht für alle an sich denkbaren Fälle, in denen eine Berufung auf ihn möglich ist, zum Zug kommen lassen, sondern ihn auf reine Verkehrsgeschäfte beschränkt. Der Schutz ist ausgeschlossen bei tatsächlicher Gleichheit von Veräußerer und Erwerber, etwa bei Verkauf durch eine Erbengemeinschaft an eine personengleiche offene Handelsgesellschaft oder bei Verteilung an die einzelnen Miterben (372). Überdies sind die Voraussetzungen für den Ausschluß des guten Glaubens nicht so eng begrenzt worden, wie aus der Formulierung: "es sei denn, daß die Unrichtigkeit b e k a n n t war" geschlossen werden könnte. Es genügt die Kenntnis der die Unrichtigkeit mit größter Wahrscheinlichkeit begründenden Tatsachen.

Das französische Recht hat dagegen seinen Standpunkt, wie schon gesehen, lediglich durch die Regel "prior tempore potior

-----  
372) Nachweise bei Soergel-Baur aaO. Anm. 18-22 zu § 892.

iure" wenigstens im Fall konkurrierender Rechtsinhaber eingeschränkt. Die Praxis hat mit dem Institut des "propriétaire apparent" für einen allerdings sehr begrenzten Kreis von Fällen einen Ausweg zu geben gewußt.

Der franz. sische Gesetzgeber hat für einen Teil der zweiten Fallgruppe auf andere, aber unzulängliche Weise eine Milderung seines Standpunktes zugunsten Dritter zu finden versucht, und zwar durch Art.4 des Gesetzes von 1855 (372a):

"Jedes die Auflösung, die Nichtigkeit oder die Aufhebung eines eingetragenen Aktes aussprechende Urteil muß innerhalb eines Monats, vom Tage der Rechtskraft an, der Eintragung im Transkriptionsregister beigeschrieben werden. Der "avoué", der das Urteil erstritten hat, ist, bei Vermeidung einer Geldstrafe von 100 frs., gehalten, diese Beischreibung vornehmen zu lassen, indem er dem Hypothekenbewahrer ein von ihm ausgefülltes und unterschriebenes Antragsformular gegen Empfangsbestätigung einreicht."

Eine non-*opposabilité* des Rückfalls an den früheren Rechtsinhaber war also mit der Unterlassung der Beischreibung nicht verbunden. Daran hat die Gesetzesverordnung vom 30.10.1935 nichts geändert, obwohl sie in Art.1 Nr.5 des Gesetzes von 1855 "tout jugement déclaratif de propriété immobilière ou de droits immobiliers" aufnahm und die in Frage stehenden Entscheidungen deklaratorische Urteile sind, da sie das Verbleiben des Rechts beim Veräußerer lediglich feststellen, nicht bewirken. Die Beibehaltung der Sonderregelung des Art.4 läßt aber darauf schließen, daß nur diese gelten soll; mit der Beischreibung ist auch dem erstrebten Zweck, Dritten die Unwirksamkeit der Verfügung kundzutun, vollauf und sogar besser Genüge getan als mit einer gesonderten Eintragung. (373)

-----

- 372a) Ein erster Ansatz zu einem solchen Schutz ist allerdings schon im Gesetz vom 9 mess. an III zu finden: es schützte wenigstens die Hypothekengläubiger sehr wirkungsvoll gegen Auflösungsklagen, die es bei Strafe der Unzulässigkeit der Publizierungspflicht unterwarf (Art.92 und 93), indem vorher publizierten Hypotheken volle Wirksamkeit zubilligt wurde (Art.95). Vgl.dazu de Loynes, *Le code civil et le crédit*, Livre du centenaire, I, S.385
- 373) So wohl richtig Planiol-Ripert-Picard Bd.III Nr.638; a.A. Colin-Capitant, *Jours* Bd.I (1947), Nr.1255; Durand, *Rev. crit.* 1936, S.149 ff. unter Nr.15

Das Reformdekret vom 4.1.1955 hat versucht, dieser Regelung mehr praktischen Nutzen zu geben.

Zunächst bestimmt Art.28 Ziff.2, daß alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die *s p e z i e l l* (*distinctement*) zur Feststellung über das Bestehen einer möglicherweise zur Auflösung oder zum Widerruf der Begründung oder Übertragung eines dinglichen Rechts außer Hypothek und Privileg führenden Klausel vorgenommen werden (374), ebenso wie die dahingehenden Urteile publiziert werden müssen. (375). Die Sanktion besteht hier in der Nichtentgegensetzbarkeit der betreffenden Klausel gegen rechtsgeschäftliche Dritterwerber (Art.30 Ziff.1 Abs.3 des Dekrets).

Der Publizierungspflicht unterworfen sind weiter Rechtsgeschäfte und (wie bisher schon) Urteile, die die Auflösung, den Widerruf oder die Unwirksamkeit einer Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen aussprechen (Art.28 Ziff. 4c), sogar schon die darauf hinzielenden Klageanträge.

Allen aufgeführten feststellenden Rechtsgeschäften und Urteilen wird rückwirkende Kraft, soweit sie in Frage kommt, gegenüber Dritterwerbern des vernichteten Rechts nur zuerkannt, wenn "die Bestimmung, auf Grund derer sie (d.h.die Auflösung) erfolgte, vorher publiziert war, oder wenn der Grund sich aus dem Gesetz ergibt" (Art.30 Ziff.1 Abs.4 des Dekrets). Durch diese Schlußformulierung ist der Vorschrift ein großer

-----

- 374) Ein solcher Fall wird sich, wie Ripert-Boulanger Bd.III Nr.299 (ohne Begründung) richtig bemerken, schwerlich jemals ereignen; die Parteien können sich ja dann auch gleich über die Auflösung selbst einigen.
- 375) Widerrufsbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen, die in Frankreich (dogmatisch) nur in Form von Vermächtnissen erfolgen können ( "deus solus heredes facit", s. dazu unten Fn.477 und 486), bedürfen der Aufnahme in die für sich schon der Eintragungspflicht unterworfenen notarielle Bestätigung über die Begründung oder den Erwerb von dinglichen Rechten an Grundstücken kraft Erbfolge (Art.29 Abs.3 i.V.m. Art.28 Ziff.3 des Dekrets vom 4.1.1955).

Teil ihrer Bedeutung wieder genommen werden. Alle Auflösungs-urteile haben ihren Grund im Gesetz, 'so etwa in Art.1184 C.c. Infolgedessen haben sie alle rückwirkende Kraft unabhängig von jeder Eintragung, "solution exorbitante qui dépasse sans doute la pensée des auteurs du décret de 1955." (376)

Für die Klageanträge ist eine besondere Sanktion eingeführt worden: sie sind mangels Publikation als unzulässig abzuweisen (Art. 30 Ziff.5 des Dekrets): (377)

Für alle diese Akte bestehen daneben die allgemeinen Sanktionen der Geldbuße (50 F) wegen nicht fristgerechter Eintragung (Art. 33 letzter Abs.) und der Schadensersatzpflicht (Art.30 Ziff.4) (378)

Durch eine solche Regelung wird der Dritterwerber zwar nicht in seinem Recht geschützt, aber doch wenigstens vor überraschenden Rechtsverlusten. Der Auflösungsakt ist in der Regel dem Dritten gegenüber erst von der Eintragung an wirksam, die Auflösungsurteile haben allerdings nach der mißglückten, aber eindeutigen Formulierung des Art.30 Ziff.1 Abs.4 auch ohne sie, soweit materiellrechtlich vorgesehen, rückwirkende Kraft.

Etwas wirksamer war die in Art.7 des Gesetzes von 1855 vorgesehene Sonderregelung für die Auflösungsklage des Art.1654 C.c.: wenn das dem Verkäufer in Art.2103 Ziff.1 C.c. eingeräumte Privileg mangels fristgerechten Eintrags (spätestens 45 Tage nach Verkauf) erlischt, kann dieser die Auflösung gegenüber Inhabern eingetragener Rechte nicht mehr durchführen. Diese Vorschrift wurde 1955 fast wörtlich in Art.2108 Abs.2 C.c. übernommen, die Frist allerdings auf zwei Monate ausgedehnt. (378a)

d) Das französische Recht ist nicht zuletzt deshalb vom Prinzip der konstitutiven Wirkung der Eintragung abgerückt, weil

-----

376) Barraine im Ergänzungsband 1962 zu Planiol-Ripert-Picard Nr.651-3<sup>o</sup>. Gedacht war vielleicht an offensichtliche Auflösungsgründe, bei denen dann das Urteil auf jeden Fall nur feststellende Wirkung hat.

377) Vgl. Solus, Rev.trim.dr.civ. 1961, S.155 ff.

378) Vgl. Blanke aaO. S.81 ff.

378a) Näheres bei Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud Bd.III Nrn.591 ff. Über den Gesetzesentwurf von 1850, in dem diese Idee zum ersten Mal auftaucht, vgl. unten bei Fn.613

ihm die "autonomie de la volonté", das große, neue Prinzip der Rechtsgestaltung durch den W i l l e n , den Vorzug vor dem - in der Abwägung nicht unbedingt vorzuziehenden - Schutz Dritter zu verdienen schien und weil in Frankreich staatliche Eingriffe und alles, was auch nur entfernt danach aussieht, von vorneherein auf größte Abneigung stoßen. Mit vollem Recht schreibt Chenu (379): "Nul autre pays que la France, terre de l'individualisme, ne pouvait être plus favorable à l'éclosion d'un tel principe qui proclamait la puissance de la volonté individuelle, laquelle, s'exprimant dans un contrat, en assurait désormais la pleine exécution, sans le secours d'aucune formalité."

Die aus dieser Einstellung erwachsene Idee, die zum Schutz Dritter notwendige Publizität durch die non-opposabilité zu sanktionieren, das dingliche Recht unter Beibehaltung seiner grundsätzlich absoluten Wirkung in seiner Wirksamkeit gegenüber Inhabern konkurrierender Rechte von der Publizierung abhängig zu machen, ist eine Idee, die die alleinige Maßgeblichkeit und die Freiheit des Parteiwillens, das Prinzip des Konsensualvertrags mit den Erfordernissen des Schutzes des Rechtsverkehrs bei richtiger Ausgestaltung in glücklicher Weise zu verbinden vermag. Es liegt im Belieben der Parteien, ob sie die dingliche Rechtslage mit Wirkung erga omnes ausgestalten wollen. Wenn ja, muß publiziert werden; geschieht dies nicht, hat der Begünstigte die Folgen, die eben im Schutz des Dritten bestehen können, selbst zu tragen. Dem Parteiwillen wird so nicht, wie im Recht des BGB, zur Umsetzung in die angestrebte Rechtswirklichkeit eine zusätzliche, außerhalb des Willensäußerungsvorgangs liegende Formalität aufoktroiert, die für die parteiinternen Interessen bedeutungslos ist und

-----

379) aaO. S.32. Vgl. auch die Formulierung im Bericht der Kommission zur Vereinheitlichung des (innerfranzösischen) Rechts (Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil 1945/46, S.654): "... principe essentiellement français de la liberté des conventions et de l'infinie variété de celles-ci qui en est la conséquence."

in das Verhältnis Veräußerer - Erwerber nicht hineingeht.

Allerdings stellt die französische Regelung, nicht nur vom deutschen Standpunkt her betrachtet, auch in der heutigen Form nicht das Idealbild eines Liegenschaftspublizitätssystems dar. Die Eintragung schützt, ohne daß ihr öffentlicher Glaube zukommt, die Interessen des Rechtsverkehrs, insbesondere die gutgläubiger Dritter, so gut wie überhaupt nicht. Erst dieses Attribut läßt aber eine befriedigende Lösung bei der Abwägung der in Frage stehenden schutzwürdigen Belange - hier wahrer Berechtigter, hier gutgläubiger Dritter - zu.

Als fast zwingende Folge ergibt sich aus der Einführung eines solchen Prinzips aber die Notwendigkeit, es im Interesse des wahren Berechtigten wieder einschränkbar zu machen, und zwar mit Hilfe einer Vormerkung bzw. eines Widerspruchs in entsprechender Anwendung der vom BGB in den §§ 883 ff. und 899 aufgestellten Regeln, um so zu einer abgewogenen Verteilung der Risiken zu kommen. Daß diese Institute mit einem nach französischem Vorbild ausgerichteten Publizitätssystem durchaus harmonisieren können, zeigt schon das Beispiel Elsaß-Lothringen, wo die "Vormerkung", in allerdings veränderter Form, die teilweise die Wirkungen der deutschen Vormerkung, teilweise die des Widerspruchs hat, bei Einführung des französischen Rechts bestehen blieb. (380)

-----  
380) Vgl. dazu Fn.362.- Nach Art.38 des Einführungsgesetzes (zit.Fn.362) kann eine "prénotation" zu dem Zweck eingetragen werden, einem nach Art.38 eintragungsfähigen dinglichen Recht "assurer son rang d'inscription ou de garantir l'efficacité d'une rectification ultérieure." Art.22 des Ausführungsdekrets vom 18.11.1924 (J.O.20.11.1924 = D.P.1924.4.355) fügte dem noch die Rangwahrung für künftige und bedingte Rechte hinzu. Die "prénotation" ist also in den Fällen nützlich, wo ein Recht nicht endgültig eingetragen werden kann "en raison de son caractère litigieux, incertain ou éventuel." Sie vereinigt damit in sich die Elemente der Vormerkung und des Widerspruchs im Sinne des BGB, ohne allerdings wegen des französischen Vertragssystems und des fehlenden öffentlichen Glaubens der Eintragung der einen oder anderen Institution wirklich zu gleichen. Vgl. dazu und zum Problem der Übernahme

Die Übernahme des Gedankens der Nichtentgegensetzbarkeit in das deutsche Recht ist, gerade auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts, durchaus erwägenswert. Nur er ermöglicht eine konsequente Durchführung des Prinzips, daß Verträge und damit Rechtsgestaltungen im Privatrecht *a l l e i n* durch den Willen der Parteien zustandekommen. Die Publikation als rein tatsächliches Tatbestandsmerkmal des aus Einigung *u n d* Eintragung bestehenden dinglichen Rechtsgeschäfts erscheint als mit dem heute geltenden Grundsatz der Rechtswirksamkeit allein der Willensübereinkunft nicht vereinbar. Mit der Eintragung als zusätzlichem Tatbestandselement stellt sich der dingliche Vertrag bei genauem Zusehen als ein sog. Realvertrag dar, weil hier, selbst wenn man wie etwa Wieacker (381) und Westermann (382) die Einigung auch ohne Eintragung als Vertrag bezeichnen will, die angestrebte Wirkung erst mit dem Vollzug eines Realakts, der Eintragung, entsteht. (383)

-----

in das gemein-französische Recht auch Blanke aaO.S.126, der richtig ausführt, daß eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einigung im französischen Recht wegen des unmittelbaren Rechtsübergangs begrifflich nicht möglich ist. Es sind aber, wie das Lokalrecht zeigt, Fälle möglich, wo eine echte Vormerkungswirkung in Betracht kommt, etwa bei Belastung zukünftiger Rechte oder reinen Belastungsversprechen (vgl. Lotz aaO. Fasc.10/1 Nr.147). Bei weitem am häufigsten sind - wie Blanke mit Recht ausführt - die Fälle, daß die "prénotation" als Widerspruch wirkt, aber auch nicht im Sinne des BGB, sondern als Art Vormerkung einer Änderungseintragung. Ein echter Widerspruch im Sinne des deutschen Rechts ist im französischen Recht auch überflüssig, da der Eintragung kein öffentlicher Glaube zukommt und der wahre Berechtigte damit nicht befürchten muß, bis zur Berichtigung sein Recht durch gutgläubigen Erwerb zu verlieren.

381) Bodenrecht S.148 f.

382) Sachenrecht § 76 I 3

383) Die Meinung von Enneccerus-Nipperdey Teil II § 145 Fn.31, es sei weder sprachlich noch sachlich zutreffend, hier von Realgeschäft zu sprechen, ist nur dann richtig, wenn man, wie dies geschieht, die Eintragung als Mitwirkung des Grundbuchamts bezeichnet, die Eintragung damit als einen neben der Willensübereinstimmung der Parteien erforderlichen integrierenden behördlichen Mitwirkungsakt auffaßt. Es ist aber nicht das Handeln der Behörde, sondern der Eintrag das Entscheidende. Es erscheint auch

Die Konstruktion des Realvertrags wird aber von der neueren Lehre (384), allerdings zunächst nur für die schuldrechtlichen Verträge wie vor allem das Darlehen, überzeugend abgelehnt, da sie mit der modernen Konzeption der Erheblichkeit allein des Parteiwillens (Willensherrschaft) nicht vereinbar ist und, wie Dulckeit ausführt, (385) "nur noch als historischer und systematisch in keiner Weise mehr zu rechtfertigender Rückstand zu bewerten ist." Die gleiche Kritik trifft aber auch das dingliche Rechtsgeschäft in seiner Gestalt als Realvertrag (386), wenn auch die historischen Entwicklungslinien anders verlaufen sind.

Die Eintragung in Bücher, d.h. die Verschaffung des Buchbesitzes, um die Parallele zum Fahrnisrecht herzustellen, geht auf deutschrechtliche Vorstellungen zurück. Hier galt bei der Übertragung dinglicher Rechte ein System, das dem Vertragssystem entspricht: schon der "Schuldvertrag" läßt das Eigentum oder sonstige beschränkere Rechte an einer Sache auf den Erwerber übergehen. Diese Rechtsübertragung konnte freilich zunächst nur im Innenverhältnis gelten; "das Recht des Erwerbers wirkt also, genau wie ein bloßes Forderungsrecht, vorerst nur relativ zum Veräußerer, der nach außen hin kraft Rechtsscheins nach wie vor als alleiniger (dinglich) Berechtigter angesehen werden muß. (Publizitätsprinzip)" (387)

-----

nicht konsequent, die Übereignung von Fahrnis und von Liegenschaften insoweit zu trennen, da doch beide von den gleichen Grundvorstellungen ausgehen. Wenn schon die Übereignung von Fahrnis als Realgeschäft bezeichnet wird (Enneccerus-Nipperdey aaO. § 145 II B 1), dann ist kein Grund ersichtlich, das bei Grundstücken nicht zu tun.

384) Vgl. statt vieler Larenz, Schuldrecht Teil I § 6 I a.E. Dagegen etwa Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl. 1958, § 142 I

385) Festschrift für Fritz Schultz 1951, I, S.171

386) Darauf weist Dulckeit aaO. in Fn.1 implicite hin.

387) Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte S.9/10; an anderer Stelle (S.34) wird auch von "relativem Eigen" gesprochen.

Erst die Verschaffung des Buchbesitzes machte also den Erwerber zum Inhaber eines dinglichen, d.h. gegen alle wirkenden Rechts, ohne daß es für die parteiinternen Beziehungen darauf angekommen wäre. (388)

Damit unterscheidet sich das ältere deutsche Recht vom geltenden dadurch, daß die Eintragung nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung eines gesonderten dinglichen Vertrags angesehen wird, sondern als Voraussetzung der Wirkung der zwischen den Parteien wirksamen Übertragung gegen Dritte. Insoweit entspricht das französische Recht weit mehr den deutschrechtlichen Vorstellungen als das Recht des BGB, wenn auch in der Ausgestaltung mindestens ein tiefgreifender Unterschied festzustellen ist, nämlich hinsichtlich der Umgrenzung des Kreises der Dritten. Dieser umfaßt im heutigen französischen Recht nur Inhaber konkurrierender Rechte, die allein ein Interesse an der Kenntnis der wahren Rechtslage haben können, während sonstige Außenstehende die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien wenig angehen und bei ihnen ein Schutzbedürfnis gar nicht entsteht. Mit dieser Ausgestaltung kommt das französische Recht aber nur aus, wenn es entweder - wie dies in der Lehre teilweise der Fall ist - das dingliche als einem gegen jeden Dritten wirkende Recht in eben dieser Wirkung - anders als im alten deutschen Recht - grundsätzlich unabhängig von der Eintragung bestehen läßt, oder aber - wie die französische Praxis - den Verträgen über dingliche Rechte selbst Drittwirkung zuerkennt. (389) Daß erstere Konstruktion begrifflich einen Widerspruch in sich darstellt, liegt auf der Hand: macht man die Wirkung gegen einen bestimmten engen Kreis von Dritten von einer Publikation abhängig, so

-----

388) Dulckeit aaO. S.9/10 spricht daher folgerichtig davon - und dasselbe gilt insoweit auch für das französische Recht - , daß erst die tatsächliche Leistung, d.h. für Liegenschaften die Verschaffung des Buchbesitzes, das dem Erwerber an sich bereits im Vertrag übertragene Recht verdinglicht.

389) Vgl. oben Fn. 338.

kann man nicht mehr von absoluter Wirkung des Rechts an sich sprechen. Konsequent wäre daher eine Lösung nach französischem Vorbild nur, wenn man die absolute Wirkung des Rechts gegenüber a l l e n Dritten von der Eintragung abhängig machen würde. (389a) Damit wäre die französische Praxis auch der Notwendigkeit enthoben, für dingliche Verträge vom Prinzip der "relativité des contrats" abzugehen. (390)

Praktische Schwierigkeiten entstehen damit, daß sich auch Dritte, die nicht Inhaber konkurrierender Rechte sind, auf die Nichteintragung berufen können, nicht. Es wird lediglich der indirekte Zwang zur Eintragung verstärkt, ohne daß die

- 
- 398a) Wie dies etwa der Entwurf der Société d'études législatives von 1929 vorsah. Vgl. unten 2. Kapitel, C II d 3
- 390) Konfliktsituationen mit außenstehenden Dritten können in den anfangs gebildeten Fällen nicht auftreten, aber etwa dann, wenn es um den Schutz des Eigentums oder die Vindikation geht. Hier kann der Eigentümer nach franz. Recht, nach dem der Eintragung, außer im Fall des zweimaligen Erwerbs vom selben Veräußerer, keine positive Funktion zukommt, sondern nur eine die Drittwirkung des Vertrags gegenüber Inhabern konkurrierender Rechte verstärkende Kraft (die Eintragung ist sozusagen eine *condicio iuris* für die Wirkung gegenüber diesen Dritten), nur auf den Erwerbsvertrag verweisen. Würde dieser nur *inter partes* wirken, wäre der neue Eigentümer schutzlos; daher die erwähnte Praxis. - Daß damit der strenge Gegensatz obligatorisches Recht - dingliches Recht in Frage gestellt wird, bedarf keiner Erläuterung. Dieses Problem kann im Rahmen dieser Arbeit aber nicht erörtert werden (vgl. dazu auch oben Fn.40 und 138a). Erwähnenswert ist aber, daß das franz. Grundregisterrecht seit dem Transkriptionsgesetz vom 23.3.1855 (Art.1 Ziff.4) auch Miet- und Pachtverträge von mehr als 18 Jahren Dauer (seit der Reform von 1955 mehr als 12 Jahre, Art.28 Ziff.1b D.v.4.1.1955) der Eintragungspflicht unterworfen hat. Damit werden diese Verträge praktisch zu Verfügungsgeschäften erklärt, die in Art.1743 C.c. ("Kauf bricht nicht Miete") schon begonnene Teilverdinglichung also konsequent fortgeführt. Folge der Nichteintragung ist die Nichtentgegensetzbarkeit des über 18 bzw. 12 Jahre hinausgehenden Mietrechts über den Wirkungsbereich des Art.1734 C.c. hinaus (vgl. dazu Ripert-Boulangier Bd.III Nr.335; für den Rechtszustand vor 1955 Planiol-Ripert-Ricard Bd.III Nr.635). Gleiches gilt für die Einziehung und die Abtretung des Mietzinses für über 3 Jahre (Art.1 Ziff.5 Ges.v.23.3.1855; Art.28 Ziff.1b des Dekrets vom 4.1.1955)

Wirksamkeit des Vertrages inter partes berührt wird.

Gegen die Ablenkung des dinglichen Rechtsgeschäfts in der Ausgestaltung als Realvertrag kann der Umstand, daß das Gesetz auch sonst die Einhaltung gewisser Formalitäten (Schriftform, öffentliche Beurkundung, Abschluß des Rechtsgeschäfts vor einer Behörde oder behördliche Bestätigungen und Genehmigungen) erfordert, widrigenfalls das Geschäft nichtig (§ 125 BGB) oder zumindest schwebend unwirksam ist, nicht als Gegenargument herangezogen werden, da diese das Konsensprinzip nicht verletzen.

Mit den Formvorschriften wird die Gültigkeit der Willenserklärung selbst von der Einhaltung einer bestimmten Äußerungsform abhängig gemacht - anders wäre der mit der Einführung dieser Vorschriften bezweckte Schutz nicht zu erreichen -, nicht dagegen wird ein zusätzliches Erfordernis zur Entfaltung von rechtlichen Wirkungen der an sich gültigen Willensäußerung aufgestellt. Überdies dienen diese Vorschriften dem Schutz der Parteien selbst, da sie entweder die Beweisführung erleichtern oder vor leichtfertigen, unüberlegten Geschäften schützen sollen. Bei der Publikation handelt es sich dagegen um den Schutz bestimmter Dritter. Diese Überlegung hat aber, will man dem Konsensprinzip treu bleiben, außer Betracht zu bleiben.

Was obrigkeitliche Bestätigungen wie etwa bei der Annahme an Kindes Statt (§ 1741 BGB) anlangt, so sind diese zwar auch selbständige rechtliche Erfordernisse (391), die neben der Willensübereinstimmung der Parteien hergehen, aber doch Teil des Rechtsgeschäfts; von einem Realvertrag kann man aber hier nicht sprechen, weil das Zusatzerfordernis nicht in einer rein tatsächlichen Handlung besteht, sondern ebenfalls

---

391) Vgl. dazu die Formulierung des § 1754 Abs.1 BGB: "Die Annahme an Kindes Statt tritt mit der Bestätigung in Kraft. Die Vertragsschließenden sind schon vor diesem Zeitpunkt gebunden." Der Kindesannahmevertrag ist also unabhängig von der Bestätigung, nur bewirkt erst diese mit dem Parteiwillen zusammen den angestrebten Erfolg.

in einer Willensäußerung. Dieser rein formale Unterschied kann natürlich nicht allein entscheidend sein, das Argument wird aber unterstützt durch den rechtspolitischen Beweggrund: hier spielt das Interesse des Staates und der Allgemeinheit an der Kontrolle personenrechtlicher Vorgänge die entscheidende Rolle (392), nicht der Schutz bestimmter weniger Privatpersonen, sodaß eine Gleichsetzung mit der Publizität nicht vorgenommen werden kann.

Die Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, wie etwa die in den §§ 1643 bis 1645 oder 1819 bis 1822 BGB erforderte Zustimmung des Vormundschaftsgerichts lassen sich ebenfalls nicht als Gegenargument verwerten, da sie kein Teil des Rechtsgeschäfts selbst sind, sondern ein Erfordernis seiner Wirksamkeit (*condicio iuris*). Gleiches gilt für behördliche Genehmigungen wie beispielsweise nach §§ 19 ff. BBauG (393). Bei beiden sind es ebenfalls überwiegend oder sogar allein Interessen des Staates, der Allgemeinheit, nicht vorwiegend die bestimmter Dritter, die zur Aufstellung dieser Vorbehalte geführt haben.

Große p r a k t i s c h e Bedeutung kommt einer in der vorgeschlagenen Richtung - die Eintragung ist nur Voraussetzung der Wirkung gegen Dritte, sie ist mit öffentlichem Glauben ausgestattet, dessen Wirkungen durch Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs zugunsten des wahren Berechtigten ausgeschaltet werden können - vorgenommenen Änderung bei Beibehaltung des jetzigen Abstraktionssystems allerdings nicht zu. Daher lohnt sich ein Abgehen von der geltenden deutschen Regelung derzeit nicht recht. Das skizzierte System hat aber - und das gilt für beide Rechte - den Vorteil größerer konstruktiver

-----  
392) Ähnliches gilt für die Stiftung nach § 80 BGB. - Es soll damit nicht bestritten werden, daß auch die große Allgemeinheit ein Interesse an einer klaren Übersicht über die Rechtsverhältnisse an Grundstücken hat, dieses tritt aber doch hinter dem Zweck des Schutzes bestimmter Personen, nämlich der unmittelbaren Vertragspartner des Eingetragenen, zurück.

393) Vgl. Lange AcP 152, S.241; ders. NJW 1950, S.731. Sie sind Verwaltungsakte mit privatrechtsgestaltender (konstitutiver) Wirkung.

Klarheit und dogmatischer Konsequenz für sich. Die angestellten Überlegungen sind daher vielleicht geeignet, bei einer etwaigen Reform in Richtung auf eine Aufgabe des Trennungs- und Abstraktionsgrundsatzes, die auch mehr konservativ eingestellte Juristen wie etwa Raiser (394) nicht für unmöglich halten, den Blick mehr als bisher auf im Ausland gefundene Lösungen zu richten und dabei die Publikation in dogmatisch sauberer Konstruktion nur noch als Erfordernis der Drittwirkung der dinglichen Rechte auszugestalten. Möglicherweise ergeben sich gerade hierbei Ansatzpunkte für eine - auf diesem Gebiet allerdings nicht sehr dringliche - Angleichung der beiden Rechtssysteme, zumal in Frankreich schon seit Jahren die Kommission zur Reform des Code civil tätig ist, die sich auch mit Fragen des Liegenschaftsrechts befaßt hat (395) und weiter befassen wird.

## II) Die Publizität im französischen Liegenschaftsrecht.

Das vorstehend - unter kurzer Streifung neuerer Entwicklungen - skizzierte französische Publizitätssystem für Liegenschaften ist, wie schon mehrfach angedeutet, im Prinzip keine eigenständige Schöpfung der Väter des Code civil, insbesondere nicht, was den Gedanken der Nichtentgegensetzbarkeit anlangt. Es war vielmehr, mit kurzlebigen oder regional beschränkten Besonderheiten, die auf anderen Grundsätzen beruhten, schon vorher bekannt und wurde durch das napoleonische Gesetzbuch insoweit ebensowenig geändert wie durch spätere gesetzgeberische Maßnahmen. Alle Änderungen betrafen im wesentlichen nur den Umfang der Publizitätspflicht und die

-----

394) In Wolff-Raiser § 38 II und Fn. 5

395) Vgl. Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil 1945/46, S.653 ff., wo insbesondere die Publikation von Grundstücksrechten behandelt ist.

organisatorische Ausgestaltung des Publizitätswesens.

a) Der Code civil

Der Code civil schrieb eine Publizierung nur vor für Grundstücksschenkungen und -substitutionen (Schenkung oder Erbeinsetzung unter der Auflage, das Empfangene Kindern ersten Grades weiterzugeben) (Art. 939 ff. und 1069 ff. C.c.) sowie für die Hypotheken (Art. 2134 a.F. C.c.) mit Ausnahme der Legalhypotheken von Ehefrau und Mündel (Art. 2135 a.F. C.c.). Erstere vollzog sich durch die Transkription, d.h. wörtliche Abschrift der Übertragungsurkunde in das Transkriptionsregister, letztere durch die Inskription, die auszugsweise Übertragung der wesentlichen Punkte des das Recht begründenden Aktes. Als Besonderheit wurde die Transkription des Eigentumserwerbs verlangt zum Zweck der Durchführung des Reinigungsverfahrens (purge, Art. 2181 ff. C.c.). (396)

b) Vorgängige Entwicklung

Diese Regelung ist stark beeinflusst durch Publizitätssysteme, die - teils sachlich, teils lokal begrenzt - schon lange vor der Französischen Revolution bestanden.

1) Am Vorabend der Revolution waren dem französischen Recht im wesentlichen drei Publizitätsformen bekannt: die in ganz Frankreich eingeführte Insinuation für Schenkungen und die beiden für die Übertragung des Eigentums an Liegenschaften geltenden, aber regional beschränkten Erscheinungen des "nantissement" und der "appropriance par bannies".

Die vom römischen Recht übernommene, für alle Schenkungen unter Lebenden zu deren Wirksamkeit erforderliche *I n s i - n u a t i o n* (397) gewann, nachdem sie beinahe verschwunden

396) Vgl. zur Entstehung dieser Regelung die Darstellung bei Ripert-Boulanger Bd.III Nrn.153-156, auch Hedemann aaO. 2.Hälfte, S.54 und S.80 ff.

397) Vgl. dazu etwa Gayraud aaO. S.27 ff.; Bitouzé aaO. S.5 ff.; Chenu aaO. S.20 f.; Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud Bd.III Nr.649.

war, mit dem Niedergang der Feudalherrschaft vor allem im Gebiet des "droit écrit" wieder an Boden. Die dort zunächst gewohnheitsrechtlich ausgebildete Formalität, die in der Eintragung des Aktes in ein beim zuständigen Gericht geführtes, dem Publikum zugängliches Register bestand, wurde - nicht zuletzt wohl wegen der damit verbundenen Gebühreneinnahmen - durch die zu Villers-Cotterets am 10.8.1539 ausgegebene königliche Ordonnanz (398) für das gesamte Königreich für maßgeblich erklärt. Art. 58 der 1556 erlassenen Ordonnanz von Moulins unterwarf auch Fideikomnisse der Insinuation, machte aber die Vornahme der Eintragung hier nicht wie bei den Schenkungen zum Bestandteil des Rechtsgeschäfts, sondern - und hier taucht diese Idee wohl zum ersten Mal auf - zur Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit der fideikommissarischen Substitution gegen Dritte, die durch ein entgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden das Eigentum oder eine Hypothek an den vermachten Gegenständen erworben hatten.

Eine 1774 erlassene Ergänzungsverordnung legte fest - und auch hier findet sich durchaus modernes Gedankengut - , daß die entgeltlichen Dritterwerber sich selbst dann auf die Nichtvornahme der Eintragung berufen können sollten, wenn bewiesen war, daß sie Kenntnis von der fideikommissarischen Substitution hatten. (399)

Die Art. 20 und 27 der vom Kanzler d'Aguesseau im Februar 1731 erlassenen Verordnung über die Schenkungen führte das Prinzip der Nichtentgegensetzbarkeit auch für diese ein. Der Code civil bildete seinen Art. 941 diesen Bestimmungen nach. (400)

Neben dieser Insinuation "de forme" hatte schon Heinrich II. mit einem Edikt vom 15.5.1553 versucht, auch die entgeltlichen Grundstücksgeschäfte der Publizierung durch Insinuation zu unterwerfen (sog. insinuation laique). Wegen

-----  
398) Vgl. Bitouzé S.5; Chenu S.21

399) S. Chenu S.20

400) Vgl. Bitouzé S.5; Chenu S.21

des ganz überwiegend von fiskalischen Interessen bestimmten Charakters dieser Maßnahme wurde sie von den Gebietsparlamenten abgelehnt und fand keine große Verbreitung. (401) Bereits 1560 wurden die hierfür eingerichteten besonderen Schreibereien (*greffes d'insinuation*) wieder aufgelöst.

Der im März 1673 unternommene Versuch Colberts, diese Insinuation wenigstens für die Grundstücksbelastungen wieder einzuführen, scheiterte am Widerstand der Parlamente und vor allem des Adels, der eine Aufdeckung seiner Überschuldung befürchtete; schon 1674 wurde das Edikt wieder aufgehoben. (402)

Ein Edikt Ludwigs XIV. vom Dezember 1703 dehnte die Insinuation wieder auf entgeltliche Übertragungen von Grundeigentum und die Bestellung von Hypotheken aus. Eine Sanktion fehlte hier aber überhaupt. Diese Maßnahme war eine "invention fiscale" reinsten Art des auf jede Geldquelle erpichten Königs und für den Rechtsverkehr ohne jede Bedeutung. (403) Sie fand daher keinen Anklang, sondern verstärkte nur das allgemeine Mißtrauen gegen jede Publizität im Grundstücksverkehr.

Andere Versuche waren ebenfalls zum Scheitern verurteilt. Durch ein Edikt vom Juni 1581 hatte Heinrich III. eine gewisse Publizität aller dinglichen Rechte durch Eintragung der Begründungs- oder Übertragungsakte zu erreichen versucht. Diese "contrôle" genannte Einrichtung hatte zunächst den Zweck, das Datum des Aktes sicherzustellen (404), mit der Bestimmung, daß die eingetragenen Rechtsinhaber den nicht eingetragenen vorgezogen würden, selbst wenn letztere einen älteren Titel hätten, sollte ihr aber auch praktischer Nutzen gegeben werden. Die Ausrichtung auf staatliche Kontrolle des Grundstücksverkehrs, der Umstand, daß die Bücher dem Publikum nicht frei

-----  
401) Vgl. Grasset aaO. S.15; Gayraud aaO. S.28

402) Vgl. dazu etwa Hedemann aaO. 2.Hälfte S.70 f.

403) Vgl. Bitouzé S.6

404) Hierin ist der erste Vorläufer des heutigen "enregistrement" zu erblicken. Vgl. dazu Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXIII, Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud Bd.III Nr.649, Chenu S.21 Fn.32

zugänglich waren und vor allem die auch hier wieder überwiegenden fiskalischen Interessen setzten ihren Wert aber erheblich herab und führten dazu, daß sich die Einrichtung nur in der Normandie hielt. Ähnliches gilt für den von Heinrich IV. im Juni 1606 unternommenen Wiederbelebungsversuch. Das entsprechende Edikt fand nur im Parlament der Normandie die erforderliche Zustimmung. Erst 1693 konnte der "contrôle" endgültig festen Fuß fassen, wobei aber wichtige Städte, insbesondere auch Paris, und Provinzen wie Flandern, Artois und Elsaß ausgenommen waren. (405) Eine echte Publizität war damit aber sowieso nicht erreicht.

Hier ist auch noch auf das mit der auf Ausschlußwirkung abgestellten Idee der (noch zu behandelnden) "appropriance par bannies" eng zusammenhängende, durch ein Edikt vom 2. Juni 1771 eingeführte System der "lettres de ratification" einzugehen. Dieses ersetzte die "décrets volontaires", die zu einem Scheinprozeß mit anschließender Scheinvollstreckung in das Grundstück führten. Wie bei den sog. "décrets forcés" der echten Zwangsvollstreckung konnte der Ersteigerer, der in Wirklichkeit der Erwerber war, durch Hingabe des Kaufpreises das Grundstück von allen Belastungen befreien (ähnlich wie bei der heutigen purge, die auf dieses System unmittelbar zurückgeht). Das Edikt von 1771 übernahm den Grundgedanken, vereinfachte und verbilligte das Verfahren aber wesentlich und machte seine Vornahme zur Pflicht. Der Käufer hatte fortan seinen Vertrag bei der zuständigen Gerichtsschreiberei zu hinterlegen. Er wurde dort ausgehängt mit dem Vermerk, daß dinglich gesicherte Gläubiger binnen zwei Monaten ihre Rechte zur Vermeidung ihres Ausschlusses anzumelden hätten. "Gewiß liegt darin, vom Standpunkt des Käufers aus gesehen, ein Ansatz zur Publizität: Der damals eigens geschaffene, noch heute in Frankreich amtierende Conservateur des hypothèques sammelt die Meldungen der Gläubiger und legt

-----  
405) S. Baudry-Lacantinerie et de Loynes loc.cit.

sie - annähernd buchmäßig erfaßt - dem Erwerber des Grundstücks vor. Dieser kann sich auf das ihm vorgelegte Verzeichnis verlassen: kein heimlicher Gläubiger (des Veräußerers) kann ihn später mit Ansprüchen überraschen." (406) Eine wirkliche Publizität war damit aber nicht erreicht. Weder war der Käufer sicher, vom wahren Eigentümer erworben zu haben, noch waren mehrere Hypothekengläubiger untereinander gesichert; die Legalhypotheken von Ehefrau und Mündel waren ausdrücklich vom Anmeldungszwang ausgenommen, ebenso die Rechte der Feudalherren. Immerhin bedeutete dieses System wenigstens für die Gebiete, die keine der anderen Publizitätsformen kannten, einen Fortschritt; es gab auch das unmittelbare Vorbild für das Reinigungsverfahren des Code civil ab.

Die Publizitätsform des "nantissement", die sich in den nördlichen Gegenden Frankreichs ausgebildet hatte (407), geht auf die lehnsrechtliche Investitur ("ensaisinement") zurück. Der lehnsrechtliche Aspekt dieser Einweisung in das Eigentum fiel bald weg, es blieb die damit schon früh verbundene Eintragung der wesentlichen Bestimmungen des Übertragungsakts in ein öffentliches Register. (408) Diese Eintragung war - auch hier kommt die typisch französische Auffassung von den Aufgaben der Publizität zum Ausdruck - Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit des Rechts gegen Dritte. Darüber, ob sie auch zur Wirksamkeit der Rechtsänderung zwischen den Parteien erforderlich war, gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. (409) Jedenfalls war mit dem Eintrag eine über die Rangwahrung

-----  
406) Sö Hedemann aaO. 2.Hälfte S.69

407) Hauptsächlich Flandern, das Artois, Vermandois, Boulonnais, Cambrésis und Ponthieu, die sog. "pays de nantissement"; vorübergehend (und sogar zuerst) auch in der Grafschaft Paris eingeführt (durch eine Ordonnanz Heinrichs VI. vom 27.5.1424); vgl. Baudry-Lacantinerie et de Loynes loc.cit.

408) Vgl. dazu Chenu S.22 f.; Bitouzé S.4; Mazeaud-Mazeaud-Mazeaud Bd.III Nr.648; Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXII ff.

409) Vgl. Chenu S.23 f.; Bitouzé S.4/5

(hier war zum ersten Mal das Prioritätsprinzip im modernen Sinne ausgebildet) hinausgehende Beweiskraft nicht verbunden.

Zunächst waren nur die eigentumsübertragenden Akte der Eintragungspflicht unterworfen, später wurde diese auf Hypotheken ausgedehnt. Der Rechtserwerb von Todes wegen war dagegen im allgemeinen nicht publizierungspflichtig.

Das oben erwähnte Edikt von 1771 über die "lettres de ratification" hob das System des "nantissement" auf. Trotz allseitigen lebhaften Protestes konnten nur Flandern und Artois es erfolgreich verteidigen. Diese Publizitätsform hat einen nicht geringen Einfluß auf die Gesetzgebung der Revolutionszeit ausgeübt, wurde vom Code civil aber im Ganzen abgelehnt.

Die dritte im vorrevolutionären Frankreich bekannte Form der Publizität, die zwar weder auf die Revolutionsgesetzgebung, noch den Code civil einen unmittelbaren Einfluß ausübte, aber spätere Reformvorschläge immer wieder befruchtete, war die in der Bretagne eingeführte "a p p r o p r i a n c e p a r b a n n i e s". Diese Formalität bestand in einem dreimaligen öffentlichen Ausrufen des Vertrags an drei aufeinanderfolgenden Sonntagen mit Ausgabe einer Bestätigung über den Rechtserwerb nach Ablauf von 8 Tagen ab der letzten Veröffentlichung; nach dem Edikt Ludwigs XIII. von 1626 war außerdem vorherige Eintragung des Erwerbtitels in einem öffentlichen Register notwendig. Diese Bestätigung schloß Dritte, die nicht vorher ihre Rechte am Grundstück geltend gemacht hatten, damit aus. Die lehnsherrlichen Rechte blieben aber bestehen. (410) Die Bestätigung hatte also sowohl die Wirkung des Reinigungsverfahrens (purge) als auch eine Art formaler Rechtskraft: auch der wahre Eigentümer konnte nach der Ausstellung seine Rechte nicht mehr geltend machen. (411)

-----

- 410) Befand sich ein Rechtsinhaber während der ganzen Aufgebotszeit außerhalb der Bretagne, so trat die Ausschlußwirkung erst nach Jahr und Tag ein; so Gayraud aaO. Dies machte das System etwas kompliziert.
- 411) Vgl. dazu Gayraud aaO. S.26 f.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXIV f. - Eine gewisse Parallele zum

Diese Wirkungen waren allerdings personell beschränkt: sie traten weder zwischen den Vertragsschließenden, noch gegenüber Minderjährigen ein. (412) Trotzdem bot die "appropriance par ban-nies", eine wirksame Publizität der Rechtslage des Grundstücks, verbunden mit einer ziemlich weitgehenden Sicherstellung des Erwerbers, was die erbitterte Verteidigung dieses Systems gegen alle Abschaffungsversuche verständlich macht.

Von den aufgezählten Einzelercheinungen abgesehen, gab es bis zur Französischen Revolution eine Publizität im Grundstücksverkehr Frankreichs nicht.

2) Die Revolutionszeit sollte hier aber einschneidende Änderungen bringen.

Zunächst wurden allerdings die alten Publizitätsformen beibehalten und lediglich von feudalkrechtlichen oder fiskalischen Elementen befreit.

Die Insinuation war fortan keine Formalität zur Erhebung von Steuern mehr. (413) Das "nantissement" wurde durch die Transkription (414), die vollständige Abschrift der Vertragsurkunde in das jetzt von staatlichen Gerichtsschreibern, nicht mehr lehnherrlichen Beamten geführte Register ersetzt, ohne daß sich damit an der Rechtsnatur der Eintragung etwas geändert hätte. (415)

-----  
Aufgebotsverfahren etwa nach §§ 927, 1170, 1171 BGB i.V.m. §§ 946 ff. ZPO läßt sich nicht verkennen, wenn auch die Voraussetzungen wesentlich andere sind.

412) Bitouzé S.5 Fn.1

413) Gesetz vom 5./19.12.1790; vgl. Gayraud S.32; Chenu S.26

414) Dieser Begriff, der trotz der 1955 erfolgten, aber sachlich nichts ändernden Umbenennung in "publication" bis heute gebräuchlich ist, taucht hier in der auch vom C.c. übernommenen Ausgestaltung auf.

415) Gesetz vom 19.9.1790, Art.3 und 4; vgl. Cazenavette aaO. S.26; Chenu S.26; Gayraud S.31/32. Immerhin scheint Art. 3 von der konstitutiven Wirkung des nantissement ausgegangen zu sein und damit auch der Transkription zuzuerkennen, wenn es heißt: "... la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu et suffira, en conséquence, pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèques."  
(zit. nach Chenu loc.cit. Fn.58)

Neben der Umwälzung der Bodenverfassung und des materiellen Bodenrechts steuerten die revolutionären Gedanken aber auch auf eine völlige Neugestaltung des formellen Bodenrechts hin.

Erstes Ergebnis mehrerer Projekte war das schon mehrfach erwähnte Gesetz des Konvents vom 9 messidor an III (26.7. 1795) (416). Dieser "Code hypothécaire", wesentlich beeinflusst durch das Edikt Colberts von 1673 und die preußische Hypothekenordnung vom 20.12.1783 (417), unterwarf alle Hypotheken, selbst die Legalhypotheken von Ehefrau und Mündel, der Inskriptionspflicht (Art.3, 17) (418). Er brachte die Spezialisierung hinsichtlich der gesicherten Forderung (Art.16), aber nicht hinsichtlich der belasteten Grundstücke, nicht einmal bei der Einschreibung. (419) Art. 100 schrieb für Grundstücksgeschäfte zwingend die öffentliche Beurkundung vor. Eine wirksame Publizität des Eigentumsübergangs an Grundstücken konnte aber auch aus in den Art.105 bis 107 normierte, stark deutschrechtlich beeinflusste System der "déclaration foncière" nicht bringen. (420) Diese Erklärung über Lage, Größe und Wert des Grundstücks mußte bei jeder Veräußerung oder Belastung desselben zusammen mit einer Ausfertigung des Vertrags beim zuständigen Hypothekenbewahrer eingereicht werden (Art.105). Nach dem Wortlaut des Art. 105 wurde der Erwerber danach "propriétaire incommutable". Diese Bezeichnung war aber nur hinsichtlich der Hypotheken berechtigt: die Hinterlegung verhinderte

-----

416) S. Fn.228 und 249

417) So Chenu aaO. S.27

418) Daß diese beseitigt wurden, wie Hedemann aaO. 2.Hälfte S.74 annimmt, geht aus der Formulierung "il n'y a plus d'hypothèque tacite" wohl nicht hervor. Diese Aussage ist nur richtig, wenn man "tacite" mit "légale" gleichsetzt, was aber nicht unbedingt erforderlich ist.

419) Näheres etwa bei Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXVIII ff.; Hedemann aaO. 2.Hälfte S.75 f.

420) Einzelheiten über den Inhalt derselben bei Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXX Fn.3. S.dazu auch oben Fn.255. Chenu aaO. S.27 qualifiziert diese Erklärung zu Recht als eine reine "mesure tendant à suppléer le cadastre officiel", das entweder ganz fehlte oder völlig unbrauchbar war. Vgl. dazu auch Grassset aaO. S.16

nur, daß der Veräußerer wirksam weitere Hypotheken an dem Grundstück bestellen konnte (Art. 106); sonst galt die Regel "nemo plus iuris" (421).

Für die Grundstücksschenkungen galt das System der Insinuation unverändert weiter.

Das Gesetz hatte aber nicht unerhebliche Schwächen. (422) Die wirklich originelle, geniale Neuschöpfung, die Eigentümerhypothek mit der Möglichkeit, sich dafür indossable "cédules hypothécaires" ausgeben zu lassen (423), hat mit dem Problem der Publizität nichts zu tun, war aber mit ein Grund für die weitgehende Ablehnung des unausgereiften Gesetzes, das nur sehr begrenzt praktiziert wurde und dessen Anwendung nach mehrmaligem Aufschub durch das Gesetz vom 28 vendémiaire an V endgültig suspendiert wurde.

Durch diese Erfahrungen belehrt, griff das Directoire bei Abfassung des schon mehrfach erwähnten Gesetzes vom 11 brumaire an VII (1.11.1798) (424) auf ein schon bewährtes System, nämlich das "nantissement" zurück. (425) Es unterwarf - ohne das Insinuationssystem für Grundstücksschenkungen abzuschaffen - die rechtsgeschäftliche Begründung und Übertragung aller hypothekarisch belastbaren Rechte einschließlich des Eigentums der Transkription, die der dinglichen Belastungen mit Ausnahme einiger Privilegien, aber mit Einschluß der Legalhypotheken, der Inskription. Für letztere wurde das (doppelte) Spezialitätsprinzip eingeführt: sowohl die Höhe der Belastung als auch der Haftungsgegenstand mußten genau bezeichnet sein;

-----  
421) Vgl. Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXXI; Chenu S.27 f.; de Loynes, Livre du centenaire, I, S.391

422) Vgl. Guillaouard, Livre du centenaire, I, S.418; Hedemann aaO. 2.Hälfte S.74

423) Näheres dazu oben S.86 f.

424) Fundstelle oben Fn. 229

425) Vgl. dazu aus dem Bericht Crassous: "C'est aux pays de nantissement que nous avons emprunté la disposition qui prescrit l'inscription de tout acte de mutation pour qu'il ait son effet contre les tiers." (zit. nach Caze-navette aaO. S.46)

in das Vermögen des Schuldners erst in Zukunft fallende Grundstücke konnten nicht belastet werden.

Die Eintragung hatte keine konstitutive Wirkung und auch keinerlei Beweiskraft, auch nicht zugunsten gutgläubiger Dritter, sondern war nur Voraussetzung der "opposabilité aux tiers", wobei der Kreis der Dritten ebenso umgrenzt wurde wie im geltenden Recht. (426) Die Einrichtung der Eigentümerhypothek und der "cédules hypothécaires" wurde nicht übernommen.

Das zur Ausführung dieser Vorschriften am 21 ventôse an VII (11.3.1799) erlassene Gesetz, das bis zur Reform von 1955 mit mehr oder minder großen Änderungen galt, legte die Organisation und das Verfahren für Transkription und Inskription fest. Die Register wurden vom "conservateur des hypothèques" geführt, und es galt das Prinzip der personalen Publizität (Eintragung der dinglichen Rechtsgeschäfte in chronologischer Reihenfolge, Führung des Hilfsregisters nach dem Namen des jeweiligen Grundstückseigentümers).

Trotz mancher Schwächen, deren wichtigste das Fehlen einer alle Rechte am Grundstück umfassenden Publizität war, stellte das Gesetz vom 11 brumaire an VII einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem alten Recht dar und hätte eine brauchbare Grundlage für die Regelung des Publizitätswesens im Code civil abgegeben.

Das oben skizzierte System des Code bedeutet in dieser Beziehung einen eindeutigen Rückschritt. (427)

c) Die Entwicklung bis zum Transkriptionsgesetz von 1855

Vorschläge zur Verbesserung des Code civil ließen auch nicht lange auf sich warten, wenn auch Wissenschaft wie Praxis sich auf Jahrzehnte hinaus im wesentlichen auf eine reine Aus-

---

426) Vgl. zum Ganzen Chenu aaO. S.28 ff.; Bitouzé S.6 f.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes aaO. S.XXXII ff.

427) Zur Entstehungsgeschichte dieser Regelung vgl. die Angaben in Fn. 396, daneben auch Blanke aaO. S. 45 ff.

legung der gesetzlichen Vorschriften beschränkten. (428)  
Heftige Kritik richtete sich aber sehr bald schon gegen sein  
Publizitätssystem, besonders gegen die völlige Heimlichkeit  
des Eigentumsübergangs an Grundstücken.

Zu den an sich schon genügend schweren Mängeln dieser Regelung trugen die Grundstückserwerber noch das ihrige bei: da sie wegen des in Art. 1138 niedergelegten reinen Konsensprinzips (429) nicht mehr zur (weiterhin möglichen) Eintragung des Eigentumsübergangs angehalten waren, um sich vor den Auswirkungen eines nochmaligen Verkaufs oder einer vom Voreigentümer bestellten, ihnen selbst aber unbekannt gebliebenen Hypothek zu schützen, beantragten sie eine solche auch nicht mehr, nicht zuletzt, um die Kosten dafür (430) zu sparen. (431)

-----

- 428) Vgl. David aaO. S.37: "la doctrine française était absorbée par le commentaire de ce code." - Vgl. zum folgenden auch Hedemann aaO. 2.Hälfte S.93 ff.
- 429) wobei allerdings bis zum Transkriptionsgesetz von 1855 in der Literatur umstritten blieb, ob nicht doch im Hinblick auf die Formulierungen der Art.1138 und 1583 C.c. neben dem "vendre" und der "obligation de livrer" die Verlautbarung Erfordernis des vollen Eigentumsübergangs sei. Vgl. die Motive zum Gesetz von 1855 (D.55.4. 28 unter Nr.4): "Aussi, de bons esprits avaient-ils continué à penser que la nécessité de la transcription n'avait pas été formellement exclue par le code, et cette thèse fut soutenue assez longtemps; mais la jurisprudence s'est établie dans un sens contraire."
- 430) 1,5% des Wertes; Art.25 d.Ges. vom 21 ventôse an VII (11.3.1799)
- 431) Der schon traditionelle und auch weiter andauernde Fehler der Finanzverwaltung war es, in der Publizität der Grundstücksrechte eine gute Einnahmequelle zu sehen, was man allerdings ihr selbst nicht einmal verübeln kann. Der Grundfehler lag darin, daß der Gesetzgeber (schon in vorrevolutionärer Zeit) die Angelegenheit überhaupt diesem Ressort unterstellte. Nicht zuletzt auch deshalb wurde die Fortbildung der Publizität in Frankreich in überaus starkem Maß gehindert und die Institution von vielen Seiten bekämpft. Vgl. dazu Ripert-Boulanger Bd.III Nr.157, Note 2

Der Gesetzgeber selbst erkannte auch bald selbst die Nachteile dieses Rechtssystems, gerade auch bezüglich des Eigentumsübergangs, unternahm selbst aber nichts. Es war die Finanzverwaltung, der das öffentliche Registerwesen auch heute noch untersteht, die den ersten Vorstoß in Richtung auf eine wirksamere Publizität unternahm. Um den durch die erwähnte Haltung der Grundstückserwerber verursachten Ausfall an Gebühreneinnahmen wenigstens zum Teil auszugleichen - also nicht im Interesse der Beteiligten - ordnete sie an, daß die Hypothekenbewahrer bis zur Eintragung des Verkaufs alle Hypotheken einschreiben sollten, deren Rechtstitel ihnen vorgelegt würden. Auf einen Bericht des Justizministers zu dieser Praxis stellte eine EntschlieÙung des Staatsrats vom 11 fructidor an XIII (29.8.1805) bindend fest, daß der Verkauf als solcher jede weitere Eintragung nach dem Voreigentümer verbiete, was aus der im wesentlichen unbestrittenen Natur des Kaufs als Eigentumsübertragungsakt auch eindeutig hervorgeht. (432)

Die Finanzverwaltung kam aber auf einem anderen Weg zum erstrebten Ziel: auf ihr Betreiben wurden in die damals in Vorbereitung befindliche und 1807 in Kraft gesetzte Zivilprozeßordnung zwei Vorschriften aufgenommen (Art. 834 und 835, aufgehoben durch das Gesetz vom 23.3.1855), nach denen bei dem praktisch wichtigsten Fall, in dem eine Transkription von Bedeutung ist, nämlich dem der Vollstreckung aus der Hypothek, der Verkauf allein nicht mehr die Eintragung von Hypotheken und Vorzugsrechten der Gläubiger des Voreigentümers unmöglich machte. (433) Eine solche Eintragung konnte nur durch Tran -

-----  
432) Ripert-Boulanger aaO. Nr.157

433) Art.834 lautete: "Les créanciers qui, ayant une hypothèque aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, n'auront pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, ne seront reçus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chap.8, titre 18 du livre III du C.civ., qu'en justifiant de l'inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte."

skription des Eigentumsübergangs verhindert werden, und das nicht einmal mit deren Zeitpunkt: die Eintragung der Grundpfandrechte war noch bis zu 14 Tagen nach der Transkription möglich. Einerseits war dadurch der Schutz der Hypothekengläubiger des Verkäufers verbessert worden, andererseits hatte der Erwerber nach Ablauf dieser Frist sicher keine Neueintragungen alter Belastungen seitens der Gläubiger des Voreigentümers mehr zu befürchten.

Waren die Vorschriften auch nur für den Fall der Befriedigung der Gläubiger aus dem Grundstück geschaffen, so wurde durch sie die Transkription für den Erwerber eines Grundstücks praktisch notwendig, wollte er sich vor unliebsamen Überraschungen schützen. (434)

Diese - unbestreitbar nützliche - Reform brachte aber keine wirkliche Besserung und war zudem überwiegend von fiskalischen Interessen bestimmt. Da die Einführung des Art. 834 C.proc. civ. in dieser Hinsicht nicht den erhofften Erfolg zeitigte und die Anforderungen des Budgets stiegen, wurde in das Haushaltsgesetz vom 28.4.1816 die Bestimmung aufgenommen (Art. 52 und 56), daß die bisher nur im Falle der erfolgten Transkription zu zahlende Gebühr schon bei der Eintragung in das Beweisregister (enregistrement) an die dieses Register führende Behörde neben deren eigener Gebühr (droit de mutation) zu entrichten sei, ohne Rücksicht darauf, ob die Transkription

-----

Il en sera de même à l'égard des créanciers ayant privilège sur des immeubles, sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des art. 2108 et 2109 du C.civ."  
Art. 835. "Dans le cas de l'article précédent, le nouveau propriétaire n'est pas tenu de faire aux créanciers dont l'inscription n'est pas antérieure à la transcription de l'acte, les significations prescrites par les art. 2183 et 2184 du C.civ.; et, dans tous les cas, faute par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrits, le nouveau propriétaire n'est tenu que du payement du prix, conformément à l'art. 2186 du C.civ."

434) Vgl. Ripert et Boulanger aaO. Bd.III, Nr.157

dann vorgenommen wurde oder nicht. (435) So sollte dem Bestreben des Publikums, die Transkription aus Kostengründen zu unterlassen, der Anlaß genommen werden.

Dennoch war die Publizität nicht zufriedenstellend geregelt. Die Transkription war für die Wirksamkeit der Veräußerung von Grundstücken gegen Dritte eben doch nicht erforderlich, ausgenommen gegen die Hypothekengläubiger des Verkäufers. Selbst unter diesen waren es aber auch nur diejenigen, welche schon v o r dem Verkauf Inhaber der Hypothek waren, die sich die Vorschrift des Art. 834 C.proc.civ. zunutze machen konnten. Denn auch weiterhin setzte der Verkauf selbst, allein durch die Willensübereinstimmung der Parteien, dem Recht des Verkäufers, weitere Hypotheken zu bestellen, ein Ende und machte den Käufer zum Eigentümer erga omnes. (436)

Man transkribierte also, um weitere Eintragungen von Hypotheken und Vorzugsrechten zu verhindern oder um das Grundstück von Belastungen zu befreien (purge des Art.2183 C.c.). Aber auch das wurde nicht allgemein so gehalten, und Veräußerungen ohne Eintragung waren doch ziemlich häufig. (437) Die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit war für Erwerber wie dingliche Gläubiger gleich groß.

Daher verstummte die Kritik am Publizitätssystem des Code nicht. Viele Autoren zeigten die Notwendigkeit auf, zu den Schutzvorschriften des Gesetzes vom 11 brumaire an VII zurückzukehren und die Publizität auf alle das Eigentum an Grundstücken übertragende Akte zu erstrecken. (438)

Erst 1827 wurde, und zwar von privater Seite, der erste

-----

435) Grasset aaO.S.103; Ripert et Boulanger aaO.; Colin-Capitant, Traité, Bd.I, 1953, Nr.1996

436) Colin-Capitant loc.cit.

437) Vgl. die statist. Angaben bei Grasset aaO. S.104; Ripert-Boulanger aaO. Bd.III, Nr.158

438) so z.B. Jourdan, Thémis 1819, S.225; vgl.Guillouard, Livre du cent. I, S.416; Grasset aaO. S.89 und Baudry-Lacantinerie et de Loynes Bd.25. Einl. S.XL

ernsthafte Versuch unternommen, den Gesetzgeber eindringlich von der Notwendigkeit der Reform zu überzeugen und geeignete Vorschläge dafür zu unterbreiten. Der Bankier Casimir Périer, damals Führer der Opposition, eröffnete in diesem Jahr einen Ideenwettbewerb zur Frage der Reform der Publizität unter dem Leitsatz: "Sur les moyens de donner au régime hypothécaire une base à la fois plus large et plus solide." (439)

Weitere Reformbegehren folgten. (440) Ab 1834 ergingen ständig diesbezügliche Resolutionen von Seiten der Generalräte fast aller Departements. (441) 1836 wurde der Abgeordnetenversammlung ein Antrag auf Wiedereinführung einer umfassenden Publizität vorgelegt. (442)

1) Durch den Druck aller interessierten Kreise ließ sich die Regierung endlich zu Taten bewegen. Mit Rundschreiben vom 7.5.1841, gerichtet an den Präsidenten der Republik, den Generalstaatsanwalt beim Kassationshof, die Präsidenten und Generalstaatsanwälte bei den Appellationsgerichtshöfen, dem Kultusminister zur Übermittlung an die Dekane der juristischen Fakultäten des Landes mitgeteilt, bat der damalige Justizminister Martin Gard (du Nord), die Vor- und Nachteile der bisherigen gesetzlichen Regelung zu untersuchen und Mittel zu ihrer Beseitigung anzugeben. (443) Er führte dabei einige Punkte an, die besonders beachtet werden sollten:

- 
- 439) Vgl. seinen bei Baudry-Lacantinerie-de Loynes aaO. S.XLI wiedergegebenen offenen Brief.
- 440) Vgl. dazu Grasset aaO. S.89. Zu der von den Zeitungen zwischenzeitlich sozusagen in Selbsthilfe eingeführten Übung, vor allem in Paris Kurzveröffentlichungen über Grundstücksveräußerungen zu bringen, s.unten Fn.465
- 441) Aufzählung und Angabe der Sitzungen in der Einleitung zu den Documents relatifs à la réforme hypothécaire aaO. Bd.I, S.XLV, Fn.2
- 442) Pétition présentée à la Chambre des Députés am 16.4.1836 durch Lavieille; Abdruck im Moniteur universel 17.4.1836; vgl. Grasset aaO. S.90
- 443) Rundschreiben abgedruckt in der Documents (s.Fn.446), S.CCXXI ff. - Vgl. zum folgenden auch Grasset aaO. S.90 ff.

1. Wahl zwischen dem System des Code civil für den Eigentumsübergang und dem des Gesetzes vom 11 brumaire an VII(444);
2. Frage der Einführung und Übertragbarkeit von "titres fonciers", insbesondere durch Indossament;
3. Stellungnahme zu den Legalhypotheken und Vorzugsrechten, dabei evtl. Vorschläge über Ersatz derselben;
4. klarere Klassifizierung der Vorzugsrechte;
5. Festlegung der Voraussetzungen für die Ungültigkeit einer Eintragung;
6. Stellungnahme zur Frage, wie lange die Eintragung einer Hypothek diese im Bestand erhält; (445) und
7. Untersuchung der Verfahrensregeln zur Befreiung eines Grundstücks von Belastungen (purge).

Mit dieser Aufzählung sollte aber keine Beschränkung der Themen gegeben werden. Die meisten der eingehenden Berichte befaßten sich denn auch mit sehr vielen anderen Punkten, die - ebenso wie einige der oben erwähnten - heute teilweise ohne Interesse sind.

Die Antworten wurden 1844 in drei Bänden veröffentlicht (446); sämtliche Appellationsgerichte, der Kassationshof und

-----

- 444) das ja die Publizität für alle Übertragungen von Grundeigentum verlangte
- 445) Das Gesetz bestimmte nicht für alle Fälle den Zeitpunkt, in dem die bestanderhaltenden Formalitäten überflüssig werden, weil die Hypothek ihren Zweck - Sicherstellung u. Befriedigung des Gläubigers - erreicht hat. Die Folge war, daß die Meinungen hierüber weit auseinandergingen, besonders für den Fall der Pfändung im Verfahren der Zwangsversteigerung. Vgl. oben S.95 f.
- 446) Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiés par ordre de M.Martin (du Nord), Garde des sceaux, Ministre secrétaire d'Etat au département de la justice et des cultes. Teil I des Werkes enthält einen Abdruck des ministeriellen Rundschreibens, die sehr umfangreiche, aber lesenswerte Einleitung, die die Quintessenz der Berichte wiedergibt, und eine Kurzwiedergabe der verschiedenen Ansichten zu den angeschnittenen Problemen (observations générales). Teil II umfaßt die einzelnen Gutachten im ganzen, in Teil III folgt den hier wiedergegebenen einschlägigen Art. des C.c. die hierzu erfolgten Äußerungen. Im Anhang

die juristischen Fakultäten der Universitäten Caen, Dijon, Grenoble, Paris, Poitiers, Rennes und Straßburg hatten Berichte eingesandt. Diese Sammlung stellt eine Fundgrube von Reformvorschlägen dar, die vielen späteren Projekten wesentliche Anregungen gab (446a) und auch heute noch eine ausgezeichnete Übersicht über alle denkbaren Probleme des Liegenschaftsrechts zu bieten vermag, wenn auch manches, was erörtert wurde, schon bei den Beratungen des Code civil umstritten war.

Aus den Berichten ergibt sich zunächst, daß fast sämtliche Gerichte und alle Fakultäten eine Reform der Bestimmungen des C.c. auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts für erforderlich halten. Allein der Appellhof Toulouse spricht sich strikt gegen eine Änderung des Bestehenden Systems aus, obwohl auch sie dessen Nachteile klar erkennt. Sie befürchtet, daß eine Reform mindestens ebenso große Gefahren anderer Art herbeiführen könnte. (447) Ein anderer Teil der befragten Gerichte zeigt sich sehr konservativ: er hält grundsätzlich am System des Code civil fest und befürwortet nur Teilreformen. (448) Wohl der

-----  
sind Ausführungen des Finanzministeriums und der Direction générale de l'enregistrement et des domaines sowie eine Studie über die Hypothek in anderen Rechtsordnungen wiedergegeben.

446a) Vgl. etwa die Vorschläge von Guillaouard im Livre du centenaire I S.415ff., wo ganze Passagen aus den Berichten dieser Enquete zitiert werden.

447) Doc.I 93: "En tarissant les sources des vieux abus, ce nouveau système peut avoir aussi des inconvénients d'un autre genre. L'esprit de changement reveille presque toujours des tendances réactionnaires; et, quand elles s'opèrent sous cette influence, les réformes portent une empreinte d'exagération malheureuse qui altère le bienfait des plus sages institutions."

448) So Bordeaux (Doc.I 23), der den Satz Portalis' aus seinem Vorwort zum C.c. aufgreift: "Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes; si, en matière d'institutions et des lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès ...", ein Satz, den sich auch der heutige Gesetzgeber manchmal vorhalten sollte. In ähnlichem Sinne Colmar Doc.I 24; Rouen Doc.I 92; Pau Doc.I 73-74; Limoges Doc.I 40-44

größere Teil aber verlangt weitgehende Verbesserungen, (449) wenn auch eine umfassende Neugestaltung des ganzen Publizitätssystems durchweg nicht ins Auge gefaßt wird. Lediglich die Cour d'appel Bastia fordert eine vollständige Neufassung aller einschlägigen Normen. (450)

Die Reformwünsche selbst gehen allgemein auf eine umfassendere Publizität. Dabei bestehen aber teilweise wieder Befürchtungen, die daraus folgende Erleichterung der Geldaufnahme auf den Grundbesitz könne einen allzu großen Umlauf desselben zur Folge haben ("mobilisation du sol"); eine solche Erleichterung sei daher nur in sehr beschränktem Rahmen wünschenswert. (451) Wichtiger allerdings als die Erhöhung des Kredits erscheint vielen die Sicherheit und Stabilität des Grundbesitzes, (452) die durch eine Erweiterung der Publizitätspflicht herbeigeführt würde.

Gegen eine umfassende Publizität werden auch die Interessen der Nichtgeschäftsfähigen ins Feld geführt. (453) Es wird befürchtet, diese könnten durch einen absoluten Offenbarungszwang geschädigt werden.

Zu den Grundtendenzen der Berichte gehört auch der Wunsch nach einer strikteren Durchführung des Spezialitätsprinzips, das mit dem Gedanken der Publizität untrennbar verbunden sei. Verlangt wird dies vor allem bei den Legalhypotheken. (454)

-----  
449) So Nîmes Doc.I 64; Orléans, Doc.I 70; Nancy, Doc.I 50 ff.; Aix-en-Provence, Doc.I 5; Fak.Caen Doc.I 99; Fak. Grenoble Doc.I 101; Fak.Paris Doc.I 102; Fak.Poitiers Doc.I 110 und Fak.Rennes Doc.I 111

450) Vgl. Doc.I 14

451) Cass.Doc.I 2 und Paris Doc.I 71-73

452) so Paris aaO. Montpellier dagegen fordert eine größere "mobilisation du sol", d.h. wesentliche Erleichterungen zur Beleihung von Grund und Boden, eine erhöhte Verkehrsfähigkeit von Grundpfandrechten allerdings nur, soweit mit der Natur des Bodens als unbeweglich vereinbar (Doc.I 42). So soll der Erwerb von Land auch durch kleine Besitzer erleichtert werden, um das Prinzip der "égalité" zu wahren.

453) vor allem Grenoble Doc.I 39 und Lyon Doc.I 46; dagegen vor allem Nîmes Doc.I 70

454) Ausführliche Behandlung des Themas: Nîmes Doc.I 65-70;

- aa) Publizität des Eigentumsübergangs und der Verfügung über vom Eigentum "abgespaltene" und "verdinglichte" obligatorische Rechte.

Bis auf drei Appellationsgerichte, die sich für die strikte Beibehaltung des Prinzips des Eigentumsübergangs solo consensu aussprechen, (455) verlangen alle befragten Stellen die Offenbarmachung des Eigentumsübergangs an Grundstücken.

Über Organisation, Durchführung und Wirkung des befürworteten Prinzips bestehen allerdings soviel in fast allen Einzelheiten auseinandergehende Ansichten wie Berichte vorliegen. Im folgenden sollen nur einige wesentliche Punkte herausgegriffen und die Stellungnahmen dazu in groben Zügen angeführt werden. (456)

#### α) Form der Publizität

Die heute geläufige Gegenüberstellung von realer Publizität (Offenbarmachung am Grundstück) und personaler Publizität (Offenbarmachung nach dem Namen des Rechtsinhabers) ist in den Berichten nur selten zu finden; dabei krankte das französische System bis in neueste Zeit gerade daran, daß das Nachforschen müssen nach allen Voreigentümern einen erheblichen Unsicherheitsfaktor in die Feststellung der Grundstücksrechte brachte. (457)

-----  
dagegen: Fak.Dijon Doc.III 324-329 mit dem Versuch zu erweisen, daß die Spezialität nicht die behaupteten Vorteile biete.

- 455) Toulouse Doc.I 403 f.; Bordeaux Doc.I 206; Besançon Doc.I 156 ff., bes.198; bei letzterem Gericht waren die Ansichten geteilt. Der Berichterstatler selbst war gegen die Einführung der Publizität, und in diesem Sinne ist auch, mit ausführlichen Beobachtungen über Vor- und Nachteile der damals in Deutschland praktizierten Systeme (Preußen, Bayern, Baden, Württemberg), der Bericht abgefaßt.
- 456) Vgl. dazu Grasset aaO. S.107 ff.
- 457) Die Neuregelung von 1955 hat das System dem Grundsatz nach beibehalten, durch verschiedene Register seine Nachteile aber ziemlich ausgeschaltet. In Westdeutschland herrscht allerdings heute auch das Personalfolium (vgl.§ 4 GBO) vor, weil die Durchführung des in § 3 GBO normierten Prinzips des Realfoliums bei der Zersplitterung des Grundbesitzes technisch kaum durchzuführen wäre.

Nur die Fakultät Caen (458) und der Appellhof Montpellier (459) erkannten die Vorteile der "realen Publizität" klar und verlangten ihre Einführung. Ähnliche Vorstellungen hat wohl auch die Cour Riom, (460) ohne sie aber mit genügender Schärfe zum Ausdruck zu bringen. Die übrigen Gutachten gehen von der nach der Person des Eigentümers ausgerichteten Publizität aus, (461) der Kassationsgerichtshof wendet sich sogar scharf gegen eine reale Publizität. (462)

Auch zur Frage, in welcher Form die Eintragung erfolgen soll, (Abschrift des ganzen Textes wie die damalige Transkriptionspraxis oder auszugsweise Wiedergabe wie bei der Inskription) gehen die Meinungen sehr auseinander. Die Mehrheit spricht sich hier für die Beibehaltung des bisherigen Systems aus, (463) z.T. aber wieder mit Einschränkungen, insbesondere hinsichtlich der privatschriftlichen Akte. (464) Nur wenige Stimmen werden für eine auszugsweise Eintragung nach dem Muster der "inscription" laut. (465)

-----  
458) Doc.I 409-410: "réalisation" der Publizität, d.h. "inscriptions prises et certificats délivrés, non sur les personnes, mais sur les immeubles" unter Heranziehung des Katasters und des Systems der Aufteilung in genau bezeichnete Parzellen.

459) Doc.I 342: "Il faut que ce soit par immeuble que l'on arrive à la connaissance du propriétaire."

460) Doc.I 385 ff.

461) bes. Fak. Straßburg Doc.I 474

462) -Doc.II 475 f.

463) dies wurde erst 1921 geändert

464) so Lyon Doc.I 254 und Metz Doc.I 211

465) Colmar Doc.I 211; Riom Doc.I 386; Fak. Grenoble Doc.I 431 und Fak. Paris Doc.I 440-441. Die Cour Riom kommt dabei auf eine interessante Tatsache zu sprechen: "Vor einigen Jahren hatten die Zeitungen die Gewohnheit, alle Grundstücksveräußerungen durch Kurzanzeigen bekanntzugeben. Aus steuerlichen Gründen wurde diese Praxis aufgegeben, aber die Zeit war lang genug, um ihre Vorzüge kennen zu lernen; wir empfehlen diese Methode. Möge sie gesetzlich eingeführt werden. Die Gesamtheit dieser Kurzanzeigen, die allen Lesern eine Art Zusammenfassung des "registre hypothécaire des mutations" gibt, würde in vollendeter Weise unser Publizitätssystem ergänzen."

p) Gebiet der Publizität

Die Pflicht zur Publizierung des Eigentums -  
übergangs aus Verträgen unter Lebenden wird - wie  
schon erwähnt - ganz allgemein verlangt. Zurückhaltung be-  
steht aber hinsichtlich der Rechtsvorgänge, die eine andere  
als eine vertragliche Rechtsgrundlage haben, insbesondere  
auch hinsichtlich des Zuschlags in der Zwangsversteigerung.

Verschiedene Berichte (466) sprechen sich aus praktischen  
Erwägungen gegen eine Publizierung dieses Erwerbs aus oder  
halten sie doch zumindest für überflüssig. Da die Zwangsver-  
steigerung einer besonderen Offenbarmachung unterliege, näm-  
lich der Eintragung in das Register der Zwangsversteigerungen  
(registre des saisies), wäre sie allen, die ein Interesse an  
der Kenntnis haben könnten, bekannt. (467)

Auch für Gerichtsentscheidungen, die die Eigentumsverhält-  
nisse an Grundstücken betreffen, wird die Publizierung allge-  
mein verlangt. Hiergegen wendet sich nur das Appellationsge-  
richt Douai (468) mit der Begründung, daß es sich hierbei  
nicht um eigentumsübertragende Akte handle, sondern nur be-  
reits bestehende Rechte festgestellt würden.

Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang noch, daß  
die Fakultät Straßburg (469) für den Fall des rechtsgeschäft-  
lichen Erwerbs die Institution der Vormerkung (prénotation)  
eingeführt haben will.

Die Publizität der aus dem Rechtsgeschäft sich ergebenden

-----

466) Angers Doc.I 151; Dijon Doc.I 220 ff.; Grenoble Doc.I  
242; Montpellier Doc.I 305; Fak. Straßburg Doc.I 487.

467) Die Fakultät Straßburg (Doc.I 487) scheint allerdings im  
Ergebnis doch die Publizität auch dieses Rechtsvorgangs  
zu wünschen: "... da uns die gewünschte Publizität aus  
dem Zwangsvollstreckungsregister nicht in genügendem Um-  
fang hervorzugehen scheint - man ist nicht gewohnt, es  
einzusehen, und viele Leute wissen nicht einmal um sein  
Bestehen - sind wir der Meinung, daß der Hypothekenbe-  
wahrer von Amts wegen die eingetragenen Zwangsversteige-  
rungen in das Transkriptionsregister eintragen müßte."

468) Doc.I 236

469) Doc.I 472

Auflösungsgründe (etwa vertraglicher Widerrufsvorbehalt) wurde bei der Diskussion über den Umfang der Publizität immer wieder verlangt. So fordert die Fakultät Grenoble (470), daß derjenige, der für sich einen Auflösungsgrund geltend machen will, spätestens innerhalb eines Monats nach Abschluß des Vertrags diesen eingetragen haben lassen muß. Nach Ansicht der Fakultäten Dijon (471) und Straßburg (472) soll dies aber auf den Fall beschränkt werden, daß keine ausdrücklichen Widerrufs- und Auflösungsklauseln in den Vertrag aufgenommen sind. Die Fakultät Straßburg schlägt darüberhinaus noch vor, daß der Verkäufer eines Grundstücks seine Auflösungsklage (etwa bei Nichterfüllung des Vertrags seitens des Käufers) gegen einen Dritterwerber nur dann ausüben können sollte, wenn er sich sein Vorzugsrecht gem. Art. 2103 C.c. ordnungsgemäß habe eintragen lassen.

Für Rechtsvorgänge mit deklaratorischem Charakter wird eine Offenbarmachungspflicht in weitem Umfang für nicht erforderlich gehalten, vor allem nicht für die Teilung (partage), (473) weil sie eben rein deklaratorische, nicht eigentumsübertragende Wirkung habe. (474)

Da die Nachteile dieser Nichtpublizität aber doch praktische Bedenken hervorrufen, werden verschiedene Vorschläge gemacht, die Offenbarmachung auch konstruktiv zu begründen, wie es der interessante, aber in der Einstufung der Rechtsvorgänge

-----  
470) Doc. I 434

471) Doc. I 428

472) Doc. I 493

473) Nach französischer Auffassung, die die deutschrechtl. Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht kennt, sondern, gerade auch im Falle der Erbengemeinschaft, nur die ungeteilte Bruchteilsgemeinschaft (indivision), hat die Teilung nur die Wirkung, die vorher schon feststehenden Bruchteile, an denen der jeweilige Miterbe Alleineigentum hat, zu konkretisieren, nicht aber die, das Eigentum an diesem Teil zu übertragen; dieses gilt als schon mit dem Erbfall dem Betreffenden zugefallen. So gesehen ist die Teilung ein rein deklaratorischer Titel. Vgl. dazu Perid-Firsching aaO. Frankreich Grdz. H II; Ripert-Boulanger Bd. IV, Nr. 468 ff.

474) so z.B. Fak. Poitiers Doc. I 452: "le partage étant déclara-

zu willkürlich erscheinende Versuch der Fakultät Poitiers zeigt, (475) die Transkription zu verlangen, wenn richterliche Teilung erfolgt oder ganz oder teilweise Ausgleichssummen gezahlt werden, sie aber fallen zu lassen, wenn die Grundstücke in gleiche Teile aufgeteilt werden können. (476)

In der Mehrzahl der vorgelegten Gutachten wird eine Transkription des Eigentumsübergangs auf Grund Erbfolge abgelehnt. Im übrigen scheiden sich die Ansichten über die Notwendigkeit der Transkription dieses Rechtsvorgangs danach, ob gesetzliche Erbfolge vorliegt oder nicht. (477) Wird die Publizierung bei testamentarischer Erbfolge zum Teil noch als erforderlich anerkannt, so verlangen nur das Appellationsgericht Riom (478), die Fakultät Paris (479) und wohl auch das Appellationsgericht Pau (480) Publizierung auch bei Erbfolge ab intestat.

Allerdings erhebt sich dabei die Frage, was, d.h. welcher Titel transkribiert werden soll. (481) Eine schriftliche Eintragungsunterlage liegt bei gesetzlicher Erbfolge ja nicht vor. Das ist auch - abgesehen von der Befürchtung, die Durchführung sei trotz des unbestreitbaren Vorteils, den die Kenntnis der rechtlichen Vorgeschichte des Grundstücks darstellen würde, zu umständlich und zu kostspielig, ohne einen

- 
- ratif, non attributif de propriété." Ähnlich auch Fak. Straßburg Doc.I 489
- 475) Doc.I 453-454
- 476) Ausführliche Behandlung dieser Frage auch durch Fak. Straßburg Doc.I 489, gegen Fak. Poitiers aa0.
- 477) Eine gewillkürte Erbfolge im Sinne des deutschen Rechts gibt es in Frankreich nicht; der Erblasser kann nicht Erben schaffen (deus solus heredes facit), sondern nur durch Vermächtnisse (legs) einen Teil seines Vermögens (die quotité disponible) auf bestimmte Personen übertragen.
- 478) Doc.I 392:"Il faut que le système soit complet pour que les tiers ne soient pas exposés à être trompés."
- 479) Doc.I 442-443
- 480) Doc.I 371
- 481) Die Fak. Paris aa0. macht den Vorschlag, die durch 2 Zeugen vor dem Notar abgegebene Offenkundigkeitserklärung (acte de notoriété) heranzuziehen, die dem Erben in Verbindung mit der Sterbeurkunde des Erblassers die Möglichkeit gibt, der Erbschaft zustehende Forderungen einzuziehen.

wirklichen praktischen Gewinn erwarten zu lassen (482) - eines der Hauptargumente gegen die Publizierung des Eigentumsübergangs kraft Erbgangs. Der Einwand wirkt aber nicht sehr überzeugend, da sich als Eintragungsunterlage etwa der von der Fakultät Paris vorgeschlagene acte de notoriété durchaus eignet. (483) Als weiterer Gegengrund wird vorgetragen, eine gesetzlich vorgeschriebene Publizität des Erbgangs verstieße gegen das Prinzip: "le mort saisit le vif" ("Der Tote erbt den Lebendigen"); die Rechte der Erben bestünden unabhängig von der Transkription und seien ihr vorgehend. (484) Dieses Argument ist zwar in sich richtig, trifft aber doch nicht den Kern der Sache; auch beim Eigentumsübergang kraft Vertrags vollzieht sich dieser mit dem Vertragsschluß unabhängig von der Transkription. Es geht auch nicht um die Existenz des Rechts, sondern darum, Dritte vor Schaden, der durch die Nichtkenntnis einer Änderung in den Rechtsverhältnissen entstehen könnte, zu bewahren. Auch wird die Ansicht geäußert, der Todesfall und alle damit zusammenhängenden Rechtsvorgänge müßten den Interessenten sowieso anderweitig bekannt sein. (485)

Hinsichtlich des Erbgangs auf Grund des Testaments (legs) (486) ist keine solch umfassende Ablehnung festzustellen.

-----

482) So Dijon Doc.I 224-226: "... denn diese Publizität würde Dritte nicht vor den Auswirkungen einer evtl. Nichtigkeit des Testaments, etwa wegen Formmangels oder wegen arglistiger Beeinflussung des Testators, bewahren. Sie könnte sie höchstens vor den Folgen einer Erbschaftsklage aus einem späteren, anderslautenden Testament oder wegen Aufindung eines bislang unbekannten Erben schützen."

483) Vgl. Fn.481

484) Vor allem dieser Grund, aber auch die vorher angeführten formellen und praktischen Bedenken führte die Mehrzahl zur Ablehnung; vgl. neben den bereits erwähnten Stellen Agen Doc.I 124; Angers Doc.I 148; Colmar Doc.I 208; Limoges Doc.I 249-250; Metz Doc.I 258; Nancy Doc.I 345; Rouen Doc.I 398 sowie die Fak. Caen Doc.I 407 und Straßburg Doc.I 478-479

485) so Agen Doc.I 124

486) Das französische Recht unterscheidet 3 Arten von "legs":

a) legs universel (Erbvermächtnis, Art.1003 C.c.), entspricht praktisch der Einsetzung zum Alleinerben des deutschen Rechts, aber nicht in jedem Fall, da auch mehrere Personen mit einem legs universel bedacht wer-

Hier ist ein transkribierbarer Titel, das Testament, vorhanden, und auch das Prinzip "le mort saisit le vif" - die Richtigkeit der Ansicht vorausgesetzt, diese Maxime würde durch die Publizität verletzt - bliebe unangetastet, da ja nur Vermächtnisnehmer vom Erblasser bestimmt werden können.

Allerdings sind es nur drei Appellhöfe und einige Fakultäten, die die Publizität dieses Eigentumsübergangs verlangen. (487) Alle anderen Stellen wenden sich, mit meist den gleichen Gründen wie bei der gesetzlichen Erbfolge, gegen eine Publizität für diese Fälle. (488)

Die allgemeine Tendenz geht also - von Ausnahmen abgesehen - dahin, den Eigentumsübergang mortis causa nicht der Offenbarmachung zu unterstellen.

Waren die Ansichten über die Publizierung der bisher erörterten Rechtsvorgänge schon sehr verschieden, so werden sie

- 
- den können und u.U. mit den Pflichtteilsberechtigten (richtiger Noterben) eine ungeteilte Erbengemeinschaft bestehen kann;
- b) legs à titre universel (Erbteilvermächtnis, Art.1010 C.c.), Zuwendung eines Bruchteils der Erbschaft oder etwa aller Grundstücke oder der gesamten oder eines Bruchteils der Fahrnis; dieses Institut steht ungefähr zwischen Einsetzung zum Alleinerben und dem Vermächtnis des deutschen Rechts;
- c) legs particulier oder à titre particulier (Erbstückvermächtnis, Art.1014 C.c.) entspricht im Umfang dem Vermächtnis des deutschen Rechts, ist aber im franz. Recht wie alle legs als Vindikationslegat konstruiert. Vgl. dazu Ferid-Firsching aaO. Frankreich Grdz. F 2 I; Planiol-Ripert-Trasbot-Loussouarn Bd.V, Nr.611 ff.
- 487) Fak. Dijon Doc.I 407 (anders bei ges. Erbfolge); Fak. Grenoble Doc.I 434; Fak. Paris Doc.I 438; Riom Doc.I 392 (wie schon bei Erbfolge ab intestat); Pau Doc.II 371; Limoges Doc.I 250 (anders bei gesetzl. Erbfolge)
- 488) S. etwa Amiens Doc.I 138; Angers Doc.I 148; Dijon Doc. I 224; Douai Doc.I 237-238; Grenoble Doc.I 244-245 (fordert Transkription aber bei legs particulier); Metz Doc.I 258; Montpellier Doc.I 279; Nancy Doc.I 345; Paris Doc.I 366; Rouen Doc.I 398.

hinsichtlich der Rechte an Grundstücken unüberschaubar; vor allem sind sie nicht mehr in gewisse allgemeine Tendenzen zusammenzufassen. Lediglich Überlegungen über Nützlichkeit und Leichtigkeit der Information geben in den Stellungnahmen den Ausschlag. Zwei dieser Rechte werden aber immer wieder erwähnt: langfristige Miet- und Pachtverträge und Grunddienstbarkeiten.

Da nach gemeinem französischem Recht beim Verkauf der vermieteten bzw. verpachteten Sache der Erwerber den Mieter oder Pächter nicht einfach austreiben konnte, wenn der Vertrag öffentlich beurkundet oder (durch "enregistrement") mit sicherem Datum versehen und die Kündigung für diesen Fall nicht ausdrücklich vorgesehen war (Art. 1743 a.F. C.c. (489) : "Kauf bricht nicht Miete"), hatte der Käufer das größte Interesse daran, das Bestehen eines solchermaßen "verdinglichten" Rechts vor Vertragsabschluß zu erfahren. So geht denn auch die überwiegende Zahl der Ansichten dahin, Miet- und Pachtverträge von längerer Dauer (wobei unterschiedlich Mindestgrenzen zwischen 9 und 18 Jahren zugrundegelegt werden) müßten durch Transkription kundgemacht werden. (490)

Auch bei den Grunddienstbarkeiten wird allgemein die Offenkundmachung gefordert, wenn auch die Gegenstimmen hier etwas zahlreicher sind. Sechs Gerichtshöfe und drei Fakultäten wollen die "servitude occulte" beibehalten, (491) wenn auch oft nur für bestimmte Fälle, besonders für die sog. gesetzlichen Servituten und die, die sich aus der Lage des Grund-

-----

489) Nach der durch Ord. vom 17.10.1945 und Gesetz vom 13.4.1946 (vgl. Fn.41) geänderten Fassung des Art. 1743 C.c. ist die Kündigung durch den Käufer selbst dann, wenn sie im Vertrag vorbehalten war, nur bei nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken möglich.

490) Dagegen nur Orléans Doc.I 363; Pau Doc.I 371; Rouen Doc.I 397, mit der Meinung, eine solche Publizität sei unnötig und zu umständlich. Vgl. oben Fn.387

491) bes. der Kassationshof Doc.I 117 und Fak. Dijon Doc.I 425

stücks ergeben (vgl. Art. 639 C.c.). (492)

Abgesehen davon, daß auch eine ganze Reihe anderer Rechte der Publizität unterworfen werden sollen, wird von einem Teil der Gutachten ganz einfach die Rückkehr zum Grundsatz des Gesetzes vom 11 brumaire an VII verlangt: Publizität für alle mit einer Hypothek belastbaren Rechte (droits susceptibles d'hypothèque), also neben dem Eigentum im wesentlichen Nießbrauch und (nach schon damals herrschender Rechtsprechung) Nutzpfund (emphytéose). (493)

Einige Instanzen werfen die interessante und einem deutschen Juristen höchst befremdende Frage auf, ob es nicht zweckmäßig wäre, Angaben über P e r s o n e n s t a n d und G e s c h ä f t s f ä h i g k e i t (494) ebenfalls einzutragen. So regt etwa der Appellhof Riom (495) an, die Parteien nicht nur mit Vor- und Nachnamen, Beruf und Wohnsitz zu bezeichnen, sondern darüberhinaus auch die Eltern anzugeben, um jede Verwechslung bei häufig vorkommenden Namen zu vermeiden. Er schlägt darüberhinaus vor, daß alle die "capacité" des Grundstückseigentümers einschränkenden oder aufhebenden Akte, wie Entmündigung (Art. 499 C.c.), Konkurs-eröffnung, Unterstellung der Frau unter das Dotalgüterrecht (die Frau verliert dabei die Verfügungsbefugnis über die Dotalgüter, die zwar in ihrem Eigentum verbleiben, aber der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes unterfallen) u.ä. eingetragen werden sollten. Dasselbe Anliegen hat das Appel-

-----  
492) so z.B. Dijon Doc.I 221; publicité des servitudes autres que celles résultant de la nature des lieux. Ähnlich Fak. Caen Doc.I 410 mit der Begründung, daß sie sich aus der Lage des Grundstücks und den Umständen für jedermann klar ersichtlich von selbst ergeben. Über die Rechtsnatur derselben vgl. oben S.70 ff.

493) vgl. dazu oben Kap. 1 B II c

494) dazu zu zählen sind auch Einschränkungen der Verfügungsbefugnis.

495) Doc.I 390-393

lationsgericht Dijon (495a) : da die bisher üblichen Maßnahmen zur Bekanntmachung der erwähnten Einschränkungen der "Geschäftsfähigkeit" (Anschlag im Gerichtssaal oder den Notariatsbüros) unzureichend seien, sollte ein gangbarer Weg gefunden werden, eine Beschränkung oder den Verlust der "Geschäftsfähigkeit" durch Eintragung, die an einem ständigen Domizil vorgenommen wird, bekanntzumachen, und zwar so, daß dies von Dritten leicht festzustellen ist. Die Minderjährigkeit und die daraus folgende Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ließe sich allerdings leicht an Hand einer Geburtsurkunde ermitteln, so daß ihre Eintragung überflüssig erscheint.

Einige andere Berichte schlagen die Eintragung des Ehevertrags wegen der daraus normalerweise folgenden Belastung der Grundstücke des Ehemannes mit Legalhypotheken, die damals nicht eingetragen werden brauchten, vor. (496)

Im ganzen gesehen wird zwar durch diese Vorschläge der interessante Versuch unternommen, durch die Eintragung in öffentlichen Büchern eine der auch im deutschen Recht bestehenden Rechtsmängelquellen, nämlich mangelnde "Geschäftsfähigkeit" in jeder Form, auszuschließen, brauchbare Vorschläge zur Verwirklichung werden aber nicht gemacht. Immerhin zeigen die in Deutschland mit der Eintragung des Konkursvermerks in das Grundbuch gemachten Erfahrungen die Wirksamkeit einer solchen Maßnahme. In Frankreich wäre dies wie die Eintragung eines vom gesetzlichen abweichenden Güterstands (ein Güterrechtsregister gibt es nicht) erwägenswert. Es erscheint allerdings fraglich, ob Eintragungen in das Grundbuch oder ähnliche Einrichtungen geeignet und nötig sind, Dritte gegen Nachteile wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit im Sinne des deutschen Rechts schützen.

-----  
495a) Doc. I 227

496) Rouen Doc. II 363 f.; Fak. Caen Doc. II 385; Fak. Poitiers, Doc. I 451 f.; Fak. Straßburg Doc. I 498 für Eheverträge, in denen die Ehegatten Dotalgüterstand vereinbaren.

## 8) Durchführung der Publizität

Bei der Behandlung der Durchführung der Publizität taucht zunächst die Frage auf, wer sie zu beantragen habe.

Die Mehrheit der Berichte (497) will das Antragsrecht und die Antragspflicht wie bisher bei den Parteien belassen. Drei Appellationsgerichte weichen aber von dieser Grundtendenz ab: sie wollen das Enregistrement eng mit der Publizität verbinden; unter Hinweis auf das Finanzgesetz vom 24.8.1816, das die Bestimmung enthält, daß der Beamte des Enregistrement jedesmal, wenn er einen auch der Transkription unterfallenden Akt zur Eintragung annimmt, neben seinen eigenen Gebühren auch die für die Transkription einzieht (Art. 52 und 56) (498), finden sie es richtig, wenn sich der Fiskus, der die Einnahmen hat, auch der Formalität der Transkription annimmt. Sie schlagen daher vor, dem Beamten des Enregistrement die Pflicht aufzuerlegen, alle auch im Transkriptionsregister einzutragenden Akte unmittelbar dem Hypothekenbewahrer zu übersenden, der sie nach Eintragung wieder zurückzureichen hat (499).

Eine weitere Ausnahme wird für die Eintragung von Eheverträgen gefordert (500) : hier soll der beurkundende Notar die Eintragung in das Publizitätsregister beantragen (501).

Einen sehr bemerkenswerten Vorschlag macht die Fakultät Caen (502) : aus der Annahme des Prinzips der "réalisation",

-----  
497) 18 Gerichte, 5 Fakultäten, bes.auch der Kassationshof  
Doc.I 117

498) vgl. oben bei Fn.435

499) So Bastia Doc.I 153 f.; Nîmes Doc.I 353; Riom Doc.I 386 f.  
Bastia will generell aus dem Enregistrement eine Einrichtung der Publizität der Immobilienrechte machen und behauptet, erst dadurch werde diese Einrichtung ihrem ursprünglichen Zweck wieder zugeführt, wie er im Gesetz über ihre Wiedererrichtung von 1790 ausgedrückt ist (das Enregistrement war im Prinzip schon 1581 bekannt; vgl. dazu oben Fn.404).

500) s.o. bei Note 496.

501) Fak. Poitiers Doc.I 452 und Fak. Straßburg Doc.I 498, die beide die Eintragung von Eheverträgen, die Güterrechtsregelungen enthalten, verlangen.

502) jedenfalls bei der "inscription" Doc.II 550; dies muß logischerweise aber auch für die "transcription" gelten.

d.h. der Heranziehung des Grundstücks als Basis der Publizität (503), zieht sie den Schluß, daß jeder, der einen die Eintragung rechtfertigenden Titel vorlegt, diese verlangen kann, weil die Offenbarmachung nicht nur die Parteien persönlich angehe, sondern wegen der "Versachlichung" jeden interessierten Dritten. Mißbräuche würden nach Meinung der Fakultät dadurch verhindert, daß jede die Eintragung verlangende Person, die nicht Partei ist, bei Falscheintragung zum Schadensersatz verpflichtet wäre.

Auch hinsichtlich der Erfüllung der Publizität wird von vier Gerichten und einer Rechtsfakultät (504) ein interessanter Vorschlag gemacht: man sollte für die Erledigung der Formalität eine Frist setzen. Wird sie eingehalten, soll die Wirkung der Transkription, nämlich die *opposabilité aux tiers*, vom Tag des Rechtsvorgangs selbst an wirken, eine Idee, auf die man bei der konstitutiven Wirkung der Eintragung im deutschen Recht gar nicht kommen kann. (505)

#### 5) Wirkung der Publizität.

Die Mehrheit der die Publizierung des Eigentumsübergangs befürwortenden Stellen sieht in der Publizität nur ein Mittel, die Rechtsänderung Dritten gegenüber geltend machen zu können, also nicht eine Voraussetzung der Wirksamkeit der Rechtsänderung *inter partes*, (506) wie wir es im deutschen Recht kennen.

Auch eine dem öffentlichen Glauben des deutschen Grundbuchs

-----  
503) vgl. oben Anm. 29

504) Angers Doc.I 147; Besançon Doc.I 162 f.; Montpellier Doc.I 331-335; Pau Doc.I 371; Fak. Caen Doc.I 411 f.

505) Montpellier will dies aber nur für Akte gelten lassen, wo die Transkription nur den Anfangspunkt einer Verfallszeit setzt oder als Ergänzung des Rechts gegenüber Dritten erscheint, also bei Rechtsvorgängen, die die Erben betreffen, während für alle anderen Rechtsvorgänge, *bes. actes translatifs ou attributifs de droits réels*, es bei der Regel des Art.939 C.c.(= Art.26 loi 11 brumaire an VII) verbleiben soll: *opposabilité* erst ab Eintragung.

506) Eine dahingehende Regelung schlagen nur Fak.Grenoble Doc.I 428 ff. und (mit der Hälfte der Stimmen) Fak. Rennes Doc.I 464 vor.

entsprechende Beweiskraft der Eintragung (force probante) wird, außer von dem überhaupt sehr revolutionär eingestellten Appellationsgericht Bastia, (507) durchweg abgelehnt. Trotzdem sehen die Fakultäten Paris und Rennes sowie der Appellhof Montpellier (508) in der Eintragung von letztwilligen Verfügungen und Erbteilungen sowie aller in Erbeneigenschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte, die ein Grundstück betreffen, eine Möglichkeit, die Schwierigkeiten, die sich bei Rechtsgeschäften eines Anscheinserben (héritier apparent) ergeben können, zu lösen, indem diesen Eintragungen die Kraft einer unwiderlegbaren Vermutung beigelegt wird.

bb) Neuordnung der Vorschriften über die Vorzugsrechte und die Hypotheken.

Bei den dinglichen Sicherungsrechten waren es überwiegend Fragen des materiellen Liegenschaftsrechts, nämlich das Problem der Rangordnung der Rechte untereinander und das Problem der Spezialität, beides mit der Publizität eng zusammenhängende und deren volle Wirksamkeit erst ermöglichende Einzelheiten, die die Gutachten behandeln.

α) Vorzugsrechte.

Ganz allgemein wird die Beibehaltung dieser Rechte vorausgesetzt. Entsprechend der Anregung des Justizministers in seinem Rundschreiben wird vor allem die Rangordnung der einzelnen dinglichen Vorzugsrechte (privilèges immobiliers) untereinander und bei Zusammentreffen mit den allgemeinen Vorzugsrechten (privilèges généraux) erörtert und teilweise eine ausführliche Regelung dieses "concours des privilèges" vorgeschlagen. (509)

-----  
507) Doc.I 153

508) Doc.I 283

509) so Metz Doc.II 65 ff.; Montpellier Doc.II 68 ff.; Riom Doc.II 94 ff.; Fak. Rennes Doc.II 123

Die Mehrzahl der Berichte stellt für das Zusammentreffen mehrerer Immobilienvorzugsrechte fest, daß es dabei im Grunde gar keine Konkurrenz gebe, da ein jedes sich unabhängig vom anderen und nie gleichzeitig, häufig auch auf verschiedene Teile des Grundstücks ausübe. (510)

Der Appellhof Bastia führt, ähnlich wie der von Dijon, dazu: "Es gibt im Grunde nur drei Vorzugsrechte, nämlich das des Miterben und Auseinandersetzungsteilnehmers (Art.2103,3<sup>o</sup>), das des Grundstücksverkäufers (Art.2103,1<sup>o</sup>) und das von Architekt und Bauunternehmer (2103,4<sup>o</sup>). Zwischen den ersten beiden ist kein zeitliches Zusammentreffen möglich, da sich diese Rechtsänderungen niemals gleichzeitig vollziehen können; der Rang bestimmt sich dann nach dem Datum des Rechtsvorgangs. Auch beim zweiten und dritten der erwähnten Rechte gibt es keine Konkurrenz, weil sie auf verschiedene Teile des ihre Sicherheit bildenden Ganzen abzielen. Der Architekt, Bauarbeiter oder Bauunternehmer kann nämlich den Mehrwert, den er dem Haftungsgegenstand gegeben hat, vorweg abschöpfen, muß also vor Verkäufer bzw. Miterben befriedigt werden."

Zur Rangordnung zwischen privilèges spéciaux und privilèges généraux werden verschiedene Vorschläge gemacht. Zum Teil wird angeregt, unter Umkehrung der in Art. 2105 a.F. C.c. festgelegten Ordnung den Spezialvorzugsrechten Vorrang vor den allgemeinen einzuräumen. (511) Das Appellationsgericht Dijon will den durch ein Grundstück gesicherten Gläubigern anteilmäßige Quoten zukommen lassen. (512) Die Mehrzahl der

-----

510) so z.B. Bastia Doc.II 21-25; Dijon Doc.II 40; Grenoble Doc.II 55; Lyon Doc.II 61; Fak. Grenoble Doc.II 119; Fak. Straßburg Doc.II 124

511) so Fak. Dijon Doc.II 116 f.; Pau Doc.II 83. Die Fak. Dijon macht dabei keinen Unterschied zwischen Rechtsverfolgungskosten und den anderen in Art.2101 C.c. aufgezählten Forderungen. Die Natur des Anspruchs auf Zahlung der Verfahrenskosten, die ja in erster Linie im Interesse der Gläubiger entstehen, läßt sie aber doch vor allen anderen Rechten bevorzugt erscheinen; in diesem Sinne Aix-en-Provence Doc.II 4 und alle anderen späteren Projekte sowie die gesetzl.Regelung bis heute.

512) Doc.II 40 f.

diese Frage behandelnden Berichte spricht sich aber im Ergebnis für eine Beibehaltung der bisherigen Rangfolge aus (Art. 2105 a.F. C.c.) (513).

Über das hier eigentlich allein erörterte Problem der Rangfolge hinaus erscheinen nur die Vorschläge des Appellhofs Montpellier (514), das Vorzugsrecht des Verkäufers auch dem Schenker und Tauschpartner zuzugestehen, und des Appellhofs Riom (515), der sich gegen die Rückwirkung der Vorzugsrechte, also für Drittwirkung erst ab Eintragung einsetzt, damit einen "Vorzug" nur gegenüber am gleichen Tag oder später entstandenen dinglichen Rechten einräumen will, erwähnenswert.

### β) Hypotheken

Die rechtliche Konstruktion der *V e r t r a g s h y p o - t h e k* wird bis auf Nebensächlichkeiten nicht weiter diskutiert. (516) Die einzigen Themen, die immer wieder behandelt werden, sind die Frage der Spezialität - dieses Prinzip soll grundsätzlich sowohl für die gesicherte Forderung als auch das belastete Grundstück und sowohl für das Bestellungsge-  
schäft als auch für die Inskription gelten - und, im Zusammenhang damit, die Frage der Hypothek auf erst künftig in das Vermögen fallende Grundstücke (*biens à venir*), Fragen, die in einem solch engen Zusammenhang mit der Idee der Publizität stehen, daß sie als unabdingbare Voraussetzungen für eine wirksame Umsetzung dieser Idee in die Rechtswirklichkeit erscheinen.

Gegen den in Art. 2129 C.c. schon damals niedergelegten Grundsatz der Spezialität (genaue Angabe des belasteten Grundstücks) für vertragliche Hypotheken wendet sich allein die Fakultät Dijon. (517) Weder die behauptete Vermehrung des

-----

513) Douai Doc.II 42; Lyon Doc.II 61; Metz Doc.II 67; Montpellier Doc.II 68; Toulouse Doc.II 102

514) Doc.III 80 f. zu Art. 2103 C.c.

515) Doc. II 98

516) Einzelheiten in Teil III bei den einschlägigen Artikeln.

517) Doc.III 325-329

Kredits des Schuldners, der nicht mehr die Masse der jetzt vorhandenen und der zukünftigen Grundstücke belasten könne, noch die behauptete größere Klarheit, die die Einhaltung des Spezialitätsprinzips für die Sicherungsgrundlagen selbst und für den Rang der Hypotheken bringen könne, seien Vorteile, die sich wirklich aus diesem Prinzip ergäben.

Alle anderen Anregungen zielen auf die Beibehaltung des Grundsatzes der Spezialität ab, (518) wenn auch einige Gerichte sich für so weitgehende Beschränkungen aussprechen, daß sie fast einer Beseitigung dieses Prinzips gleichkommen und sehr weit über die in diesen Dingen äußerst nachgiebige Rechtsprechung der damaligen Zeit hinausgehen. (519)

Zur Frage der Hypothek auf künftige Grundstücke (biens à venir) (520) sind die Ansichten geteilt: zwar richtet sich keine Äußerung gegen das grundsätzliche Verbot des Art. 2129 Abs. 2 a.F. C.c., umstritten ist aber die in Art. 2130 a.F. (jetzt 2130 Abs. 2 C.c.) vorgesehene Möglichkeit, daß der Schuldner dann, wenn seine gegenwärtigen, unbelasteten Güter zur Sicherung der Forderung nicht ausreichen, unter Berufung auf diese Unzulänglichkeit die Einbeziehung der künftigen Güter in die Haftung für die Forderung bewilligen kann. Vier Appellationsgerichte (521) und einige Mitglieder der juristischen Fakultät Grenoble (522) billigen die angeführte Bestimmung, "um intelligenten, ehrlichen und fleißigen Leuten die

-----  
518) Doc.III 306-331

519) So Grenoble und Montpellier, Doc.III 308 und 313, die zwecks Vereinfachung eine genaue Bezeichnung der Grundstücke nicht für nötig halten, wenn die Hypothek alle gegenwärtigen oder alle in einem bestimmten Bezirk gelegenen Grundstücke umfaßt. Dagegen stellt Riou Doc.III 323 fest, daß der Bestimmtheitsgrundsatz, der im Gesetz nur unzureichend festgelegt sei, fast überhaupt nicht mehr beachtet werde, die Beachtung aber dringend zu empfehlen sei.

520) Vgl. das grundsätzliche Verbot in Art. 2129 Abs. 2 a.F. = 2130 Abs. 1 i.d.F. von 1955

521) Angers Doc.III 332 ff.; Grenoble Doc.III 335; Montpellier Doc.III 339; Pau Doc.III 340

522) Doc.III 342 f.

Möglichkeit zu geben, sich über den durch ihren gegenwärtigen Grundbesitz gesteckten Rahmen hinaus Geldmittel zu beschaffen, was doch von großem Nutzen ist." (523) Montpellier befürwortet das sogar und gerade für den Fall, daß im gegenwärtigen Zeitpunkt überhaupt noch keine Grundstücke als Kreditunterlage vorhanden sind.

Die Gegenpartei (524) verlangt, die Vorschrift abzuschaffen, da sie "Verschwendung und Wucher begünstigt" (525) und "die Bürger der Gefahr aussetzt, zu leichtfertig ihr zukünftiges Schicksal zu untergraben." (526)

Keiner der Berichte erkennt jedoch, daß die Frage der Hypothek auf künftiges Vermögen im Grunde die Frage nach der Bestimmtheit der Hypothek und ihrer Pfandunterlage ist. Befürwortet man die strikte Durchführung des Bestimmtheitsgrundsatzes, dann muß man die Möglichkeit, eine Hypothek auf künftiges Vermögen bestellen zu können, ablehnen, selbst für den in Art. 2130 a.F. vorgesehenen Fall.

Als letzter der in diesem Zusammenhang zu erwähnenden Punkte taucht die Frage danach auf, welche Rechte mit einer Vertragshypothek belastet werden können, besonders im Hinblick auf die Erbpacht (emphytéose). Während sich die Rechtsfakultät Straßburg (527) gegen die Einbeziehung derselben in die Reihe der hypothekarisch belastbaren Rechte ausspricht, sind die anderen Instanzen, die sich mit dieser Frage befassen, dafür. (528)

-----  
523) so Pau aa0.

524) die Mehrheit der Fak. Grenoble Doc.III 342 f.; Fak.Caen Doc.III 342; Agen Doc.III 332; Rennes Doc.III 341

525) Agen aa0.

526) Rennes aa0.

527) Doc.I 470

528) Paris, Pau und Rouen ("C'est un véritable démembrement de la propriété, de la même nature que le droit d'usufruit"), die Fakultäten Caen, Dijon und Grenoble, alle in den Bemerkungen zu Art. 2118 C.c., Doc.III 249-257. Seit dem Gesetz vom 25.6.1902 (vgl. oben Fn.210) ist die Rechtsnatur der emphytéose als démembrement de la propriété nicht mehr umstritten.

Die seit ihrer Einführung sehr umstrittene Einrichtung der *J u d i k a t s h y p o t h e k* wird nicht so ausführlich behandelt, wie man es eigentlich erwartet hätte. Das Für und Wider wird zwar von allen Fakultäten, aber von nur sechs Appellationsgerichten erörtert. Daraus läßt sich schließen, daß die überwiegende Meinung für die Beibehaltung dieser Art Hypothek war. Die diese Frage behandelnden Gutachten zielen auch nicht auf eine Abschaffung hin, sondern schlagen - soweit sie nicht die unveränderte Beibehaltung befürworten - nur Detailänderungen vor, besonders aber eine restriktive Interpretation der bestehenden Vorschriften.

Schon ein Gesetz vom 3.9.1807 (529) hatte einer zu weiterherzigen Auslegung des Art.2123 a.F. Schranken zu setzen versucht. Danach war es künftig nicht mehr möglich, daß ein Gläubiger auf dem Weg über eine Klage auf Anerkennung einer privatschriftlichen Schuldurkunde (*demande en reconnaissance d'obligation sous seign privé*) und daraufhin ergehendes Anerkennnisurteil mit richterlicher Hypothek diese vor Fälligkeit der Schuld einschreiben lassen konnte. Eine solche Einschreibung war fortan nur bei Nichtzahlung nach Fälligkeit möglich. So wurden wenigstens die größten Mißstände abgeschafft, während es vorher möglich war, eine sonst nur durch Vereinbarung beider Parteien erreichbare hypothekarische Sicherung auf dem Weg über ein Urteil gegen den Willen des Schuldners schon vor Fälligkeit zu erzwingen, während das Problem der Sicherung durch Judikatshypothek erst nach Fälligkeit und Nichtzahlung überhaupt akut werden konnte.

-----  
529) Dessen Art.1 lautet: "Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seign privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire." (abgedruckt bei Pailliet, *Manuel de Droit Français*, Paris 1837, Anm. f 2 zu Art. 2123 C.c.)

Ein kleiner Teil der vorgelegten Berichte begnügt sich mit dieser Einschränkung und spricht sich für die ungeänderte Beibehaltung des Instituts aus. (530) Der überwiegende Teil verwendet sich aber in Erkenntnis der damit verbundenen Gefahren für mehr oder minder große Einschränkungen des Anwendungsbezirks, (531) sei es durch Gesetz, sei es durch Richterspruch im Einzelfall. (532)

Im Zusammenhang mit der Erörterung der Judikatshypothek taucht die Frage nach der Einführung der Vormerkung (prénotation) auf. Diese soll vor allen Dingen einen mit einem Rechtstreit übertragene Schuldner daran hindern, vor Ende des Prozesses dingliche Sicherheiten dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen, sich zu "insolvabilisieren", aber auch

-----

- 530) So Fak. Dijon Doc. III 276 mit der Tendenz zu noch weiterer Ausdehnung; Fak. Rennes Doc. III 283; Douai Doc. III 286; Grenoble Doc. III 288 f.; Orléans Doc. III 292; allein Montpellier befürwortet eine Ausdehnung auf eine möglichst große Anzahl von Fällen, auch bei unbestimmten und bedingten Forderungen, Doc. III 269 f.
- 531) Colmar Doc. III 280 f.; Fak. Caen und Grenoble Doc. III 270. Die Fak. Paris Doc. III 278 wendet sich insbes. gegen eine Anerkennung der Judikatshypothek bei gerichtlicher Feststellung der Echtheit einer privatschriftlichen Urkunde; "Es ist klar, daß ein Gläubiger mit einer einfachen privatschriftlichen Urkunde in einer vorteilhafteren Lage ist als ein Gläubiger mit einer öffentlichen Urkunde; ersterer kann nämlich, wenn er zuvor die Echtheit seines Titels gerichtlich hat feststellen lassen, ohne eigentliche Verurteilung eine Hypothek für sich eintragen lassen, sobald seine Forderung fällig geworden ist. Diese Möglichkeit hat letzterer nicht." Auch die Fak. Straßburg Doc. III 284-286 verlangt, daß wenigstens eine regelrechte Verurteilung des Schuldners vorliegen muß, wenn eine richterliche Hypothek eingetragen werden soll. Colmar aao. und Fak. Straßburg schlagen überdies eine Einengung der Judikatshypothek hinsichtlich der belastbaren Grundstücke vor: sie soll sich nur auf die zur Zeit der Urteilsfällung im Eigentum des Schuldners befindlichen Grundstücke beziehen und (wie nach Art. 4 loi 11 brum. an VII) nur bei spezieller Eintragung auf jedem Grundstück wirksam sein.
- 532) Diese Möglichkeit lehnt die Fak. Paris Doc. III 281 als impraktikabel ab.

überhaupt zum Schutz von dinglichen Rechten dienen, die erst "im Keime vorhanden sind", also vor allem von bedingten Rechten. (Eine Auflassungsvormerkung kommt bei dem reinen Konsensprinzip ja nicht in Betracht).

Die Fakultät Dijon (533) schlägt hierzu vor, daß der Kläger schon zu Anfang des Rechtsstreits mit Zustimmung des Gerichts eine bedingte Hypothekeneinschreibung soll vornehmen können, die im Falle der Verurteilung des Schuldners auf den Tag der Eintragung zurück wirksam entstehen würde. (534) Diese Einrichtung käme dem deutschrechtlichen Institut der Vormerkung auf diesem speziellen Gebiet in den praktischen Auswirkungen ziemlich nahe, vor allem hinsichtlich der Rangwahrung.

Ähnliches strebt auch das Appellationsgericht Nîmes an. (535) Es will eine "prénotation" allerdings nur mit gerichtlicher Genehmigung und unter der Bedingung zulassen, daß sie innerhalb einer bestimmten Frist in eine echte richterliche Hypothek umgewandelt wird, um möglichen Mißbrauch zu unterbinden. Die Rechtsfakultät Straßburg (536) will die Vormerkung ohne jeden Vorbehalt eingeführt wissen, und zwar außer für die Judikatshypothek auch für den Eigentumsübergang. Der Appellhof Colmar (537) lehnt dagegen das Institut rundweg ab, insbesondere die von der Fakultät Straßburg vorgeschlagene Ausdehnung.

Die Behandlung der **L e g a l h y p o t h e k e n** nimmt den breitesten Raum in den Gutachten ein. (538) Gerade hier stehen sich aber auch die beiden, in jeder modernen Rechtsordnung als allen anderen übergeordnet erachteten Interessen gegenüber: die Sicherheit des Rechtsverkehrs einer-

-----

533) Doc.III 276

534) Diesen Zweck verfolgt die 1955 eingeführte Arresthypothek des Art.54 C.proc.civ. Vgl.oben bei Fn.241

535) Doc.III 272

536) Doc. I 472

537) Doc.III 268

538) in Band II S.131-474, in Bd.III die Seiten 258-361

seits und der Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen andererseits. (539)

Trotz der erheblichen Nachteile, die eine nicht publizierte, in ihrem Umfang unbestimmte und alle Grundstücke des Vermögensverwalters umfassende Hypothek für den Kredit desselben mit sich bringen muß - und diese Nachteile werden allgemein erkannt - (540) sprechen sich nur wenige der Gutachten für eine Abschaffung der Legalhypothek aus, weil eben dem Schutz der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten der Vorzug gegeben wird. (541)

Alle Berichte der bisher hierzu zitierten Gerichte und Rechtsfakultäten, und dazu die Fakultät Straßburg, (542) lehnen infolgedessen auch einen Ersatz der Legalhypothek durch eine vertraglich zu vereinbarende Hypothek, die ja eingetragen werden müßte, ebenso ab wie die Eintragungspflicht für dieselbe. (543) Doch machen sich viele der befragten Stellen darüber Gedanken, ob die Legalhypothek wirklich geeignet ist, die Interessen von Ehefrau, Minderjährigem und Mündel in aus-

-----

- 539) wie dies Bastia Doc.II 201 und vor allem Aix Doc.II 145-150 zutreffend darlegen. Aix: "Deux grands intérêts sont en présence: celui de l'industrie, par le mouvement qu'elle veut imprimer à la propriété; et celui de la stabilité des familles, par la stabilité des droits des femmes mariées et des mineurs."
- 540) vgl. dazu die ausführl. Bemerkungen von Aix aaO.
- 541) So Aix Doc.II 145 ff.; Metz Doc.II 277 und Riom Doc.II 358, alle unter Anführung von D.23,3 De jure dotium, 2: "Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere", welche Stelle aber im Hinblick auf den zweiten Halbsatz "propter quas nubere possunt" nicht unbedingt zu einer solchen Interpretation führen muß. Ebenso Douai Doc.II 236; Pau Doc.II 324; Poitiers Doc.II 334; bes. auch Fak. Poitiers Doc.II 445.
- 542) Doc.II 464 f.
- 543) Nur Fak. Dijon Doc.II 388 f. ist der Ansicht, daß, wenn schon eine Änderung der bisherigen Rechtslage nötig erscheine, die Legalhypothek lieber durch eine seitens der Eltern oder der nächsten Verwandten des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten einzutragende vertragliche Hypothek ersetzt werden solle, statt eine Eintragungspflicht für die gesetzliche Hypothek einzuführen.

reichendem Maße zu schützen. Fast alle Gutachten stellen fast betroffen fest, daß dies genau betrachtet in erschreckend hohem Maße nicht der Fall sei, obwohl diesem Schutz doch übertragende Interessen des Rechtsverkehrs geopfert würden. (544)

Besonders die Rechtsfakultät Paris kritisiert ziemlich heftig das System der Legalhypotheken (545) und faßt diese Kritik in folgenden Punkten zusammen:

1. Die erstrebte Sicherung entfällt völlig, wenn der Vermögensverwalter kein Grundvermögen hat;
2. Die Ehefrau kann - und das wird von den Kreditgebern des Mannes in der Regel auch verlangt - auf ihre Legalhypothek ganz oder teilweise verzichten oder sich für die Schuld des Mannes mitverbürgen. (546)

Hier wird auch die Anregung des Justizministers aufgenommen, einen Ersatz für die Legalhypotheken vorzuschlagen: es wird erörtert, an Stelle der auf jeden Fall nur in beschränktem Umfang Sicherheit gewährenden Legalhypothek die Leistung einer Kautions in Geld oder die mündelsichere Anlage des Geldvermögens vorzuschreiben. (547)

Im Großen und Ganzen wird also die Beibehaltung der Legal-

544) vgl. dazu Grassat aaO. Kap.I Nr.30; Guillaouard aaO.S.15

545) Doc.II 445-450

546) vgl. Metz Doc.II 279 und Pau Doc.II 329, die ebenfalls der Meinung sind, daß das Gesetz den Ehefrauen eine zu große Freiheit in der Verfügungsmacht über ihre Legalhypothek lasse und die fordern, daß derartige Verfügungen nur mehr mit gerichtlicher Genehmigung zulässig seien. Ähnlich auch Lyon Doc.II 269 f.

547) Fak. Paris Doc.II 449, 2<sup>o</sup> und 450, 3<sup>o</sup> und 4<sup>o</sup>. Ähnlich Bastia Doc.II 200 ff. Für Sicherheitsleistung in Geld ("consignation") insbes. auch Lyon Doc.II 271 unter Hinweis auf die Regelung im Bayer. Hypothekengesetz vom 1.6.1822 (§ 20 Abs.2: "Es soll der Bedacht darauf genommen werden, daß jene Vermögensteile, an welchen der Minderjährige beschädigt werden könnte, durch gerichtliche Deposition sichergestellt, und damit diese Hypothek, wo nicht ganz überflüssig gemacht, doch die Summe derselben möglichst vermindert werde.") Die Legalhypothek soll nur subsidiär zur Entstehung gelangen. Ähnlich auch Riou Doc.II 358. Dagegen Dijon Doc.II 220; Montpellier Doc.II 282; Fak. Dijon Doc.II 388. Auch Paitiers sieht keinen Ersatz, der dem französischen Rechtssystem gerecht würde.

hypothek mit entsprechenden Änderungen und vor allem Ergänzung durch andere Sicherungsmittel befürwortet. Die Gutachten schlagen aber teilweise eine Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs unter Beibehaltung der Regeln des Code vor, besonders bei der Legalhypothek der Mündel auf die Grundstücke des Gegenvormunds, der wiederverheirateten Mutter und deren Mann, vor allem aber auch auf den Vater als gesetzlichem Verwalter des Kindesvermögens. Allgemein abgelehnt wird dagegen die von der Rechtsprechung neben der Nichtigkeitsklage zugelassene Legalhypothek der Ehefrau bei Veräußerung der Dotalgüter durch den Ehemann.

Am meisten umstritten war bei der Legalhypothek das Problem der Publizität.

Die Vorfrage, ob die Hypothek der Ehefrau und des Mündels in dieser Hinsicht gleich zu behandeln seien oder nicht, wird - soweit sie gestellt wird - verschieden beantwortet.

Der Appellhof Montpellier (548) ist gegen eine Unterscheidung; er will für beide die Nichtpublizität beibehalten. (549) Die Fakultät Poitiers (550) fordert Publizierung allein der Legalhypothek des Mündels; die Hypothek der Ehefrau müsse - unter Einführung anderer geeigneter Maßnahmen, die das Interesse Dritter soweit wie möglich schützen - grundsätzlich unabhängig von jeder Eintragung bestehen, da einerseits kein geeigneter gesetzlicher Vertreter vorhanden sei, den man mit der Eintragung beauftragen könne, (551) andererseits jeder Interessierte leicht Kenntnis vom Familienstand seines Vertragspartners und somit von den Belastungen seines Grundvermögens haben könne. Beim Mündel sei es bei beiden Voraussetzungen

-----  
548) Doc.II 295

549) Ebenso Douai Doc.II 239; nach ihr könnte man - im Gegensatz zur Ansicht der Fak. Poitiers - eine Publizierungspflicht für die Legalhypothek der Ehefrau einführen.

550) Doc.II 459-462

551) Den Ehemann selbst kann man nicht gut zur Belastung seines Grundvermögens verpflichten, ohne mit Verzögerungen und Verschleierungen rechnen zu müssen.

umgekehrt: einmal gebe es die Einrichtung des Gegenvormunds, den man mit der Durchführung der Publizität betrauen könne, zum anderen sei die Eigenschaft des Vertragspartners als Vormund in der Regel nicht bekannt.

Einer Publizierung (und zwar beider Arten der Legalhypothek) reden lediglich die Appellationsgerichte Bastia, (552) Dijon, (553) Nîmes, (554) und Riom, (555) einige Mitglieder der Cour d'appel Poitiers, (556) die Fakultät Grenoble (557) und die Mehrheit der Rechtsfakultät Rennes (558) das Wort; Dijon, Grenoble und Rennes betonen darüberhinaus noch die Notwendigkeit der strikten Durchführung des Spezialitätsprinzips. Der möglichen Schwierigkeiten dabei ist man sich bewußt. Daher wird u.a. vorgeschlagen, ein spezielles Domizil festzulegen, wo alle Rechtsvorgänge, insbesondere Hypothekenbestellungen, die den mit einer Legalhypothek Belasteten betreffen, zusammengefaßt publiziert werden können. (559)

Sonst werden höchstens Detailverbesserungen vorgeschlagen, so etwa die Einführung eines Spezialregisters, in dem alle Vorgänge, die eine Legalhypothek begründen könnten, vermerkt werden sollen, (560) und vor allem die Ausdehnung des Kreises der zur Durchführung der Publizität Verpflichteten über Ehemann und Vormund (Art.2136 C.c.) hinaus, wobei insbesondere an den Friedensrichter als Vorsitzendem des Familienrats und an den Notar für alle vor ihm getätigten Geschäfte, die eine

- 
- 552) Doc.II 203; es will auch hier die Publizität mit dem "enregistrement" verbinden, vgl. oben Fn.52
- 553) Doc.II 221 f.
- 554) Doc.II 302 f.: "Point de véritable système hypothécaire sans publicité; pas de publicité si une seule espèce d'hypothèque est dispensée d'inscription!"
- 555) Doc.II 353-358
- 556) Doc.II 335
- 557) Doc.II 430. Die Fak. Poitiers Doc.II 459 ff. fordert, wie schon erwähnt, eine Offenbarmachung nur für die Legalhypothek der Mündel.
- 558) Doc.II 462 f.
- 559) Dijon aaO. und Fak. Poitiers aaO.
- 560) Besonders der Kassationshof Doc.II 134 f.; ähnlich auch Rouen Doc.II 363 f.

solche Sicherung herbeiführen(Eheverträge u.ä.)gedacht ist,(561) aber auch an die Ehefrau selbst und deren Verwandte.(562)

Die grundsätzliche Ablehnung der Publizitätspflicht für Legalhypotheken wird allerdings aufgegeben, soweit eine Zession oder eine Subrogation der Legalhypothek der Ehefrau -und nur bei ihr sind solche Rechtsänderungen möglich - in Frage steht. Auf diesem Gebiet kamen sehr häufig Unregelmäßigkeiten vor, da einerseits die Rechtsprechung auch den Zessionar bzw. Subrogierten als von der Pflicht zur Publizierung befreit ansah, die Ehefrauen andererseits zu leicht versucht waren, ihre Hypothek mehrmals abzutreten. Daher sprechen sich alle Berichte, in denen dieses Problem behandelt wird, uneingeschränkt für eine Kundmachungspflicht durch die Rechtserwerber aus, (563) was ja, da die Hypothek allein dem Schutz der F r a u dienen und nur insoweit unabhängig von einer Eintragung bestehen soll, dem eigentlichen Zweck des Art.2135 a.F. C.c.entpricht.

Auch eine andere rechtsverkehrsfeindliche Seite der Legalhypotheken wurde in vielen Gutachten aufgegriffen: nach dem Code civil galt der Eintragungsdispens auch nach Wegfall der Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit auf unbegrenzte Zeit weiter. So bestand für Dritte trotz Volljährigkeit, Aufhebung der Vormundschaft oder Auflösung der Ehe immer noch und sogar in erheblich größerem Umfang - sie vertrauten ja dann auf die volle Geschäftsfähigkeit - die Gefahr, wegen einer Legalhypothek ihre Sicherheit zu verlieren. Für den Fall des Aufhörens der "incapacité" sprechen sich daher alle Gerichte und Fakultäten, die sonst weiterhin von einer Eintragungspflicht abse-

- 
- 561) Vgl. Kassationshof Doc.II 133 ff.; Metz Doc.II 277; Montpellier Doc.II 289 ff.; Paris Doc.II 319; Toulouse Doc.II 371; Fak. Dijon Doc.II 401 ff.; Fak. Poitiers Doc.II 456. Gegen eine Ausdehnung: Colmar Doc.II 217; Limoges Doc.II 260; Rennes Doc.II 348; Rouen Doc.II 362
- 562) Vgl. dazu Dijon Doc.II 222 f.; auch Agen Doc.II 139
- 563) Agen Doc.I 144; Aix Doc.II 162; Amiens Doc.II 168; Besançon Doc.II 211; Dijon Doc.II 231; Grenoble Doc.II 251; Nancy Doc.II 301; Orléans Doc.II 316; Paris Doc.II 321 f.; Pau Doc.II 330; Poitiers Doc.II 344 ff.; Rennes Doc.II 349 f.; die Fakultäten Dijon Doc.II 405 ff., Poitiers Doc.II 458 und Straßburg Doc.II 473

hen wollen, doch für die Publizierung aus. Allerdings wird für die Vornahme der Eintragung die Gewährung einer gewissen Frist, laufend vom Tag des Wegfalls der Beschränkung, vorgeschlagen. Dafür werden Zeiträume von 6 Monaten (564) bis zu 10 Jahren (565) für angemessen erachtet; die Mehrheit hält allerdings ein Jahr für richtig, wie es schon im Edikt von 1673 vorgesehen war und auch in Art. 2144 n.F. C.c. normiert ist, wobei aber zum Teil zwischen der Hypothek der Ehefrau und der des Mündels unterschieden wird.

Auch über die Sanktionen bei Nichteinhaltung der Frist ist man sich nicht einig: ein Teil will die Hypothek dann ganz untergehen lassen, (566) der andere Teil begnügt sich damit, ihr erst ab dem Tag der verspäteten Eintragung Rang und Wirksamkeit gegen Dritte zu geben. (567)

Genauso wie über den Zeitpunkt des Untergangs der Legalhypothek, so bestehen auch über den Zeitpunkt ihres Entstehens Meinungsverschiedenheiten. Es wird teilweise eine Gleichbehandlung der verschiedenen Legalhypotheken in diesem Punkt verlangt, entweder, daß man die Hypothek der Ehefrau ganz im Zeitpunkt der Eheschließung (wie bei den Mündeln im Zeitpunkt der Übernahme der Vormundschaft) entstehen läßt, oder daß man umgekehrt für die Mündelhypothek die Regelung der Ehefrauenhypothek einführt, die jeweils mit dem Entstehen der einzelnen Forderung wirksam wird.

Schließlich wird zum Teil ziemlich eingehend das für die Praxis sehr wichtige Problem der Einschränkung der Hypothek auf bestimmte Grundstücke (restriction nach Art. 2140 und 2141 a.F. C.c.) und ihrer Herabsetzung (réduction) oder völligen Aufhebung (mainlevée) behandelt.

Ein Großteil der Gutachten hält die Beibehaltung der schon

-----

564) Fak. Dijon Doc.II 400

565) Metz Doc.II 278

567) Amiens Doc.II 169; Angers Doc.II 187; Lyon Doc.II 367  
f.; Fak. Caen Doc.II 382

566) Angers Doc.II 143; Aix Doc.II 162; Rennes Doc.II 349

vorhandenen Beschränkungsmöglichkeiten vor Beginn der in Frage stehenden Vermögensverwaltung unter Ausdehnung auf den Fall, daß die Frau noch minderjährig ist, für angebracht. (568)

Allein die Rechtsfakultät Paris (569) spricht sich für die Möglichkeit der summenmäßigen Einschränkung und des Wegbedingens der Legalhypothek aus, allerdings nur mit Zustimmung des Gerichts, das u.U. andere Sicherheiten wie die Bestellung einer vertraglichen Hypothek verlangen können soll.

Die Rechtsfakultät Caen lehnt dagegen die Möglichkeit einer umfang- wie betragsmäßigen Einschränkung gänzlich ab. (570)

Der überwiegende Teil der Berichte ist auch für die Beibehaltung der Reduktionsmöglichkeit während der Ehe oder Vormundschaft (Art. 2143 und 2144 a.F. C.c.). Von den vorgebrachten Änderungsvorschlägen sind der, an Stelle einer gesetzlich vorgesehenen summenmäßigen Minderung die Entlastung einzelner Grundstücke zuzulassen, und der, die Minderung nicht von der Zustimmung der Ehefrau, sondern von der Genehmigung des Gerichts abhängig zu machen, erwähnenswert. (571)

Im Zusammenhang mit der Publizität der Legalhypotheken taucht auch das Problem des für das französische Recht typischen Reinigungsverfahrens auf. Die Beibehaltung dieses für einen Grundstückserwerber so wichtigen Rechtsinstituts wird allgemein befürwortet, auch in Gutachten, in denen die Publizität für alle Hypotheken verlangt wird. Bei einer Eintragung wäre die Beibehaltung der purge nicht so dringend nötig, da alle Belastungen dem Erwerber bekannt sein können, das Reinigungsverfahren aber besonders die Gefahr der nicht pub-

-----  
568) Angers Doc.II 198; Aix Doc.II 165; Metz Doc.II 278; Paris Doc.II 322 f.; Rouen Doc.II 368; Fak. Grenoble Doc.II 425 ff. und Paris Doc.II 443

569) Doc.II 449

570) Doc.II 377 und 382

571) So Amiens Doc.II 169; Dijon Doc.II 230; Pau Doc.II 333; Rennes Doc.II 350 und die Fakultäten Caen Doc.II 377, Paris Doc.II 449 und Straßburg Doc.III 474

lizierten Hypotheken ausschalten soll.

Teilweise wird die Ausdehnung des persönlichen wie des sachlichen Anwendungsbereichs der purge verlangt, so z.B. auf den Darlehensgeber (572) oder, in sachlicher Hinsicht, auf andere dingliche Rechte, die auf dem Grundstück lasten (Nießbrauch, Dienstbarkeiten u.s.w.). (573)

Auch über die Durchführung der purge werden Überlegungen angestellt. Die Mehrheit will die für eingetragene und nicht eingetragene Hypotheken bestehenden Verfahrensunterschiede beseitigt wissen, (574) stößt dabei allerdings hinsichtlich der nicht eingetragenen Hypothek auf Schwierigkeiten, da die Absicht, das Grundstück zu befreien, an sich den Gläubigern bekannt gemacht werden muß.

Weiter taucht in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob der Zuschlag in der Zwangsversteigerung eine automatische Befreiung des Grundstücks von den dinglichen Belastungen herbeiführt. (575) Die Mehrheit der Gutachten bejaht diese Frage, besonders auch hinsichtlich der nichtpublizierten Legalhypotheken; ein Teil spricht sich aber im Interesse der "incapables" gegen diese Möglichkeit aus. (576) Hier wird, wie auch später

-----

572) So Nancy Doc.II 748. Durch das Dekret über die Errichtung des Crédit foncier de France vom 25.2.1852 wurde dieser Institution das Recht zur Reinigung des von ihr beliebigen Grundstücks zugestanden.

573) So Amiens Doc.II 673 f. Das ist aber nur beim Nießbrauch sinnvoll, da die purge an 2 Voraussetzungen geknüpft ist: die erworbene Sache muß belastet geblieben sein (droit de suite), weil das Reinigungsverfahren ja vom Dritterwerber des belasteten Grundstücks durchgeführt wird, und es muß die Möglichkeit bestehen bleiben, daß das Grundstück versteigert wird, weil die purge den Gläubigern das Recht zum Höhergebot gibt.

574) Diese Unterscheidung fällt dann, wenn man die Publizität für alle Hypotheken verlangt, sowieso weg (Bastia Doc.II 696; Lyon Doc.II 726; Nîmes Doc.II 748 f.)

575) Erst das Gesetz vom 21.5.1858, das den Art.717 C.proc. civ.änderte, regelte diese Frage im bejahenden Sinn.

576) Angers Doc.II 687 ff.; Besançon Doc.II 696 f.; Bordeaux Doc.II 700 f.; Douai Doc.II 705

von der Rechtsprechung, verlangt, daß der Ersteigerer die in Art. 2194 a.F. C.c. vorgeschriebenen Formalitäten einzuhalten habe.

Nach verschiedentlich geäußerter Ansicht sollen aber die "incapables" auch nach ordnungsgemäß durchgeführtem Reinigungsverfahren selbst dann, wenn keine Einschreibung erfolgt ist, ihr Vorrecht nicht ganz verloren haben, sondern das mit ihrer Hypothek verbundene Vorzugsrecht auf den noch nicht verteilten Kaufpreis ausüben können. (577) Das würde den Erwerber in seiner Rechtsstellung nicht berühren und die durch die Einrichtung der Legalhypothek geschützten Personen nicht dem Verlust ihrer sowieso schon fraglichen Sicherheit durch willkürliche Veräußerungen des Vermögensverwalters aussetzen.

γ) Durchführung der Publizität  
bei Hypotheken und Privilegien.

Die Frage nach der formellen Ausgestaltung der Publizität taucht in Band II der Dokumente bei der Behandlung der Privilegien und Hypotheken nochmals auf, und zwar hinsichtlich der bei der Einschreibung selbst und bei der Erneuerung der Einschreibung zu beachtenden Formalitäten.

Hinsichtlich der Einschreibung selbst wird wieder die Frage erörtert, ob der realen oder der personalen Publizität der Vorzug zu geben sei. Auch hier fordern die Rechtsfakultät Caen (578) und das Appellationsgericht Montpellier (579) wie schon

-----  
577) So Cass. Doc. II 673 (gegen ihre bis dahin geübte Entscheidungspraxis), die Mehrheit der Gerichtshöfe und die Fakultäten Poitiers Doc. II 818 und Straßburg Doc. II 823. A.A. ("la purge doit emporter à la fois la perte du droit de suite sur l'immeuble et du droit de préférence quant au prix"); Metz Doc. II 730; Montpellier Doc. II 745 (auch gegen die eigene bisherige und spätere Rechtsprechung); Nancy Doc. II 747; Fak. Caen Doc. II 809. Das Gesetz vom 21.5.1858 entschied durch die Neufassung der Art. 771 und 772 C.proc.civ. die Streitfrage zugunsten der ersten Ansicht.

578) Doc. II 553 f.

579) Doc. II 515

bei der Behandlung der Transkription eine Verlautbarung am Grundstück, nicht mit dem Namen des Eigentümers. Daneben schlagen Amiens, Lyon und Poitiers (580) vor, das Kataster zur genauen Bezeichnung der belasteten Grundstücke heranzuziehen. Dies kann man als ersten zaghaften Schritt in Richtung auf eine reale Publizität betrachten, gegen die sich, wie schon erwähnt, die Cour de Cassation wendet.(581)

Daneben taucht auch hier wieder die Frage auf: Transkription oder Inskription? Allgemein spricht man sich für die Beibehaltung der bestehenden Regelung aus, also für die auszugswise Eintragung der betreffenden Urkunde. Lediglich die Cour d'Appel Aix (582) überlegt, ob nicht die wörtliche Abschrift wegen der damit verbundenen größeren Sicherheit vorzuziehen sei.(583)

Auf eine bessere Publizität zielen auch die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Vorschläge der Rechtsfakultäten Caen und Rennes hin, (584) die dem Notar - gegen das ausdrückliche Verbot des Notariatsgesetzes vom 25 ventöse an XI - die Berechtigung geben wollen, auch Dritten die Rechtstitel zugänglich zu machen, damit diese sich besser informieren können.

Schließlich wird ziemlich eingehend erörtert, welche Folgen die Nichteinhaltung der für die Publizität vorgeschriebenen Formalitäten haben soll, eine Frage, die im Gesetz überhaupt nicht beantwortet ist, die aber den Wert der Publizität indirekt wesentlich mitbestimmt.

Zunächst fragt man sich dabei allerdings, ob man nicht die gesetzlichen Formvorschriften überhaupt abändern sollte. Die überwiegende Ansicht, besonders die der Gerichte, geht auf eine Beibehaltung der bisherigen Bestimmungen hinaus.(585)

-----  
580) Doc.II 491 bzw.510 bzw.537

581) Doc.II 475

582) Doc.II 489

583) Dagegen ziemlich heftig die Fak. Poitiers Doc.II 558

584) Doc.II 551 bzw.560

585) Cass. Doc.II 476; Angers Doc.II 498 f.; Nîmes Doc.II

523; Rennes Doc.II 529; Toulouse Doc.II 549

Über die Folgen der Nichterfüllung der geforderten Formalitäten besteht allerdings keine Einigkeit.

Auch die Rechtsprechung zeigt noch kein einheitliches Bild: gleich nach Inkrafttreten des Code civil wurde entschieden, daß das Gesetz keinen Unterschied bei den geforderten Angaben mache und diese von gleichem rechtlichen Wert seien, daher die Nichtbeobachtung die Nichtigkeit der Eintragung herbeiführe. Kurze Zeit später teilte der Kassationshof (586) die Formalitäten in zwei Kategorien ein: wesentliche und unwesentliche Formerfordernisse, ohne allerdings eine endgültige Klassifizierung vorzunehmen. (587) Ein großer Teil der Berichte spricht sich für eine Beibehaltung dieser Unterscheidung aus, verlangt dafür aber teilweise eine gesetzliche Regelung, wobei die Ansichten über die Wichtigkeit der einzelnen Angaben stark auseinandergehen. (588) Als Kriterium dafür, ob die Nichtigkeit der Eintragung eintritt, war von der Rechtsprechung inzwischen die Möglichkeit der Schädigung Dritter auf Grund der Nichtbeobachtung der Formvorschriften herangezogen worden. In dieser Richtung tendieren auch viele Gerichte, andere geben sich damit allein nicht zufrieden, obwohl weitgehend der Grundsatz anerkannt wird: "pas de nullité sans grief". (589)

Über die Nachteile des Systems der Eintragungserneuerung - eher größere Unsicherheit als umgekehrt, da noch mehr Einträge gesucht und nachgeprüft werden müssen - ist man sich

-----

586) Civ. 15.3.1809, zit. nach Grassset aaO. S.186

587) vgl. Grassset aaO. S.186 ff. Gegen diese Unterscheidung wurden zahlreiche Bedenken laut, vgl. Troplong S.35.2.130

588) Als wesentlich wurden etwa angesehen die Bezeichnung des Gläubigers, des Schuldners, der Schuldsumme, der Art und Lage des belasteten Grundstücks, nicht dagegen die Natur des Schultitels.

589) Dieses Prinzip befürworten, ohne allerdings allzu starre Regeln geben zu wollen, Bastia Doc.II 500 f.; Lyon Doc. II 510; Orléans Doc.II 525; Paris Doc.II 528; auch Montpellier Doc.II 514, aber nur mit einem Teil der Stimmen unter heftiger Opposition. Ablehnend vor allem Angers Doc.II 497 ff. und Fak. Straßburg Doc.II 561

durchaus im Klaren. Trotzdem bestehen über die Beibehaltung derselben keine grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten. Nur über die Erneuerungsfristen gehen die Ansichten auseinander. (590)

Schließlich wird auch bei der Inskription die Frage erörtert, zu welchem Zeitpunkt sie ihren Zweck erfüllt hat. Der Zweck der Eintragung ist, allgemein gesprochen, dann erreicht, wenn das dingliche Recht das Grundstück selbst nicht mehr belastet, sondern das damit verbundene Befriedigungsvorrecht auf den Erlös desselben geht. Das kommt in zwei Fällen vor: beim Verkauf oder bei der Zwangsversteigerung. (591) Für beide Möglichkeiten wünschen sich die befragten Instanzen - mit Ausnahme von Limoges, (592) das die Entscheidung der Rechtsprechung überlassen will - eine gesetzliche Festlegung. Die damalige Gerichtspraxis hatte sich auf den Zeitpunkt des Zuschlags in der Zwangsversteigerung ("jugement d'adjudication") festgelegt, beim Verkauf war eine klare Linie noch nicht erkennbar. Diesem Standpunkt schließt sich für die Zwangsversteigerung ein nicht geringer Teil der Gutachten an, während ein Teil für eine weitere Hinausschiebung, ein kleinerer Teil (593) hingegen für eine Vorziehung dieses Zeitpunkts ist. Eine wirklich beherrschende Tendenz ist hier nicht erkennbar, ebensowenig für den Verkauf.

-----

- 590) Neun Gerichte entscheiden sich wie der C.c. für 10 Jahre, ebensoviele halten 30 Jahre für besser. Als Ausnahme schlägt Paris 20 Jahre vor. Angers Doc.II 576 will unterscheiden: 30 Jahre für Legalhypotheken, 10 Jahre für die übrigen. Die Fak. sind in der Mehrheit für 10 Jahre.
- 591) Durch das Gesetz vom 3.5.1840 kam als dritter Fall der der Enteignung im Interesse des Gemeinwohls dazu. Er konnte in der Umfrage natürlich noch nicht behandelt werden. Vgl. dazu auch oben S.95 f.
- 592) Doc.II 604
- 593) Colmar Doc.II 591 ff.; Rennes Doc.II 643; beide wollen als maßgeblichen Zeitpunkt den der Mitteilung der Zwangsversteigerung bzw. der in Art. 2183 a.F. C.c. erwähnten Auszüge an die Gläubiger festlegen

cc) Übertragbarkeit von Hypothekenbriefen.

Entsprechend der Anregung, die das Justizministerium in Punkt 2 des Rundschreibens gegeben hatte, wurde auch die Frage der Übertragung der Hypothek durch Indossament von (noch einzuführenden) Hypothekenbriefen erörtert. Die Mehrheit der Gerichte lehnt eine dahingehende Regelung ab, wobei die befürwortenden Stimmen aber doch so zahlreich und schwerwiegend sind, daß man von einer Mehrheit kaum sprechen kann. Die Rechtsfakultäten sind in zwei ziemlich gleiche Gruppen von Gegnern und Befürwortern geteilt. Als hauptsächlicher Grund für eine Ablehnung erscheint - neben der meist unausgesprochenen Befürchtung, ähnlich schlechte Erfahrungen wie mit den "cédules hypothécaires" des Gesetzes vom 9 messidor an III machen zu müssen - , daß Grund und Boden nicht zu sehr verkehrsfähig gemacht werden dürften, da in einer "mobilisation du sol" zu große Gefahren lägen. (594)

Die Befürworter bringen - wohl mit Recht - vor, daß im Grunde keine "mobilisation du sol" in Frage stünde; wenn man davon spräche, so würde man das Grundstück, das ja nur die Pfandunterlage bildet, mit der Schuld selbst verwechseln. (595) Mit den nötigen Vorsichtsmaßnahmen ergäbe eine erhöhte Umlauffähigkeit der Hypothekentitel eine dringend erwünschte Erweiterung des Bodenkredits.

dd) Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Enquête von 1841 zwar Wünsche nach einer Reform erkennen läßt, diese sich aber zwischen den beiden extremen Standpunkten der Appellhöfe

-----

594) So besonders der Kassationshof Doc.I 500 ff. (im Widerspruch zur eigenen Rechtsprechung; zwei Entscheidungen vom 28.2. und 11.7.1838 scheinen die Übertragbarkeit des Hypothekentitels vorauszusetzen). Ähnlich auch Angers Doc.I 514; Bastia Doc.I 520 f.; Besançon Doc.I 523 ff.; Colmar I 531

595) so bes. Montpellier Doc.I 562. Ähnlich auch Grenoble Doc.I 539 ff., wo auf die vergleichsweise Einfachheit und Billigkeit hingewiesen wird.

Toulouse - ganz gegen eine Reform - und Bastia - ganz umfassende Reform - in sehr gemäßigten Grenzen halten(596). Es wurden zwar eine Reihe bemerkenswerter Einzelvorschläge gemacht, und mit der allgemeinen Forderung, auch den Eigentumserwerb unter Lebenden der Publizität zu unterwerfen, ging man über die Regelung des Code civil hinaus, mehr wie das, was das Gesetz vom 11 brumaire an VII erreicht hatte, war damit aber nicht verlangt, und schon die Publizierung des Erwerbs von Todes wegen lag schon außerhalb der von der Mehrheit ins Auge gefassten Möglichkeiten. Eine Niederlage erlitt der Publizitäts-gedanke vor allem auch auf dem Gebiet der Legalhypotheken. Immerhin spürten schon damals manche Stellen, daß der Schutz der Mündel und der Ehefrauen auf ein anderes Feld verlagert werden müsse.

Auch hinsichtlich der formellen Ausgestaltung des Publizitätswesens sind nur recht vereinzelt fortschrittliche Gedanken geäußert worden, so etwa von der Fakultät Caen, die die Einführung des Realfoliums und die Verknüpfung mit dem Kataster verlangte. Dafür fehlte es nicht an ausgesprochen rück-schrittlichen Forderungen, wie etwa die der Rechtsfakultät Dijon, das Spezialitätsprinzip bei den Hypotheken gänzlich aufzugeben. Auf's Ganze ergeben die Berichte der Enquête von 1841 also zwar ein reiches und teilweise interessantes Material ab, das alle späteren Reformvorschläge und Gesetzesänderungen direkt oder indirekt befruchtet hat, in der Gesamt-tendenz wurden aber die berechtigten Reformwünsche vieler Zeitgenossen nicht berücksichtigt und dem Bodenkredit nicht weitergeholfen.

Die versuchte Verarbeitung dieses Materials sollte auch nicht zu einem Ergebnis führen: die hierzu eingesetzte Kommission konnte zwar am 9.2. 1848 noch ein kleines Projekt

-----  
596) Vgl. dazu auch die Übersicht über die Enquête von 1841 bei Mittermaier, AcP 28 (1846), 425 ff. und AcP 29, 280. ff; Hedemann aaO. 2.Hälfte S.94 ff; auch Guillaouard, Livre du centenaire, I, S. 420 f.

mit 21 Artikeln veröffentlichen, die Februarrevolution setzte weiteren Arbeiten aber ein Ende (597).

2) Nach den überwiegend doch ziemlich konservativen Ansichten der Enquête von 1841 war es umso erstaunlicher, daß die Reformpläne des Jahres 1850 sehr modern anmuten und teilweise wirklich umwälzend neue Vorstellungen zu realisieren versuchten. Charakteristisch für diese Reformpläne ist, daß sie stärker als sonstige Reformverlangen von dem Bestreben geprägt sind, den Bodenkredit zu sanieren (598).

Schon am 15.6.1849 begann eine neu eingesetzte Parlamentskommission mit den Arbeiten für einen Reformvorschlag, der bereits am 27.12.1849 dem Staatsrat vorgelegt werden konnte. Auf ihm beruht der Regierungsentwurf, der am 4.4.1850 der Nationalversammlung vorgelegt wurde und lange als ein großer gesetzgeberischer Wurf bezeichnet wurde, der die "publicité complète et absolue" gebracht hätte.

Der Entwurf (599) sah eine grundlegende Änderung des Titels 18 des 3. Buches des Code vor unter der Überschrift:  
"De la constitution de la propriété à l'égard des tiers et  
-----

- 597) Allerdings war die Juliregierung auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts auch nicht ganz erfolglos geblieben: ein Gesetz vom 2.6.1841 brachte durch Änderung des Art. 717 C.proc.civ. (Text der Neufassung in Dalloz C.proc.civ. 1939, Anhang zu Art. 717) dahingehend, daß - abweichend von der ursprünglich in Art. 731 C.proc.civ., seit dem erwähnten Gesetz in Art. 717 niedergelegten Regel, daß auf den Ersteigerer nicht mehr Rechte übergehen, als der Pfändungsschuldner hatte - der Vorverkäufer seine Rechte aus Art. 1654 C.c. nur geltend machen kann, wenn er dies vor dem Zuschlag bei Gericht tut. Andernfalls verfällt die action résolutoire, der Ersteigerer erwirbt ungefährdetes Eigentum, um Verkäufe kann unbeschadet seines Privilegs aus Art. 2103, Ziff. 1 C.c. nicht mehr durch Erhebung der (erfolgreichen) Klage aussondern, sondern allenfalls absondern, um Begriffe des deutschen Rechts zu gebrauchen. Vgl. dazu de Loyne, Livre du centenaire Bd. I, S. 395 ff. (397)
- 598) Vgl. aus der bei Grasset aaO. S. 225 zit. amtl. Begründung: "Crédit est synonyme de confiance; celle-ci n'est pas assez grande en matière hypothécaire. Rendons infaillible le gage hypothécaire, et le crédit renaîtra."
- 599) Einzelheiten bei Grasset aaO. S. 226 ff; vgl. auch Hedemann aaO. 2. Hälfte, S. 96 ff.

des privilèges et hypothèques" vor. Dabei stand allerdings die Neuregulierung des Hypothekenrechts (mit über 100 Artikeln) durchaus im Vordergrund. Der 1. Teil, der sich in 7 Artikeln mit dem Eigentum und den davon abgespaltenen dinglichen Rechten befaßte, sah im wesentlichen die Wiedereinführung des durch das Gesetz vom 11 brumaire an VII aufgestellten Publizitätssystems vor, ging aber insofern über dieses hinaus, als es neben den entgeltlichen und unentgeltlichen eigentumsübertragenden Akten auch "actes déclaratifs" und die Bestellung und Übertragung der vom Eigentum abgespaltenen dinglichen Rechte (Nießbrauch, Servituten, Erbpacht) der Eintragung unterwarf (vorgeschlagener Art. 2092 C.c.). Auch Miet- und Pachtverträge von mehr als 18 Jahren Dauer waren erwähnt, nicht dagegen der Erwerb von Todes wegen. Durch die Abschaffung der Art. 834 und 835 C.proc.civ.(600) (vorgeschlagener Art. 2098 J.c.) sollte die Transkription des Eigentumsübergangs immer erforderlich werden. Beim Grundsatz des Rechtsübergangs allein durch die Einigung sollte es auch hier bleiben.

Bei den dinglichen Verwertungsrechten sah der Entwurf neben kleineren Änderungen bei den Privilegien (601) die Abschaffung der Judikatshypothek (Art. 2110 des Entwurfs) (602) und die Eintragungspflicht für alle Hypotheken, insbesondere auch für die Legalhypotheken von Ehefrau und Mündel (Art. 2142 des Entwurfs) vor. Von der Eintragung hing nicht nur der Rang ab, sondern auch das "droit de suite". Daneben wurde die strenge Durchführung des Spezialitätsprinzips (bestimmtes Grundstück, bestimmte Summe) gefordert; Hypotheken auf "biens à venir" sollte es nicht mehr geben. Für die vertraglichen Hypotheken wurde ein Schritt in Richtung auf die Verbriefung des Rechts getan: es sollten durch Indossament übertragbare, auf Order zu stellende Hypothekenurkunden geschaffen werden.

-----  
600) vgl. oben Fn. 433

601) Insbesondere Abschaffung Bauhandwerkerprivilegs, gesetzliche Regelung für die Privilegien der Nachlaßgläubiger zur Sicherung des Anspruchs auf Trennung der Vermögensmassen und Schaffung eines Privilegs der Partner beim Grundstückstausch. Näheres bei Grassat S.229-232.

602) Art.2120 zählte zu den belastbaren Rechten über Art.2118 C.c. hinaus die Emphytheuse.

(Art. 2131) (603).

Im Bereich der Legalthypotheken ist als wirklich moderner Vorschlag der zu vermerken, die Hypothek des Mündels für den Fall, daß der Vormund kein Grundvermögen besitzt, durch Sicherheidsleistung zu ersetzen, die ihrerseits gegebenenfalls durch eine Hypothek ausgelöst werden kann (Art. 2150 bis 2154).

Formell von Bedeutung erscheinen die Pläne, die Eintragung eng an das Kataster zu koppeln, was u.a. damit bewerkstelligt werden sollte, daß jedem Vertrag über ein Grundstücksrecht ein Katasterauszug angehängt werden sollte. Diese enge Verbindung hätte es auch erlaubt, die Eintragungserneuerung, wie vorgesehen, fallen zu lassen.

Der Entwurf wurde vom Parlament einem Ausschuß zugeleitet, der sich schon mit einem vom Abgeordneten Pougeard eingebrachten Gesetzesvorschlag befaßte. Letzterer hatte zwar viele Gemeinsamkeiten mit dem Regierungsentwurf, unterschied sich aber in zwei Punkten wesentlich von diesem: einmal forderte er zwar auch die Abschaffung der Judikathypothek, sah als Ersatz dafür aber die Möglichkeit der Eintragung einer "opposition" vor, zum andern verlangte er die Einführung des öffentlichen Glaubens der Register (force probante) (604).

Die Eintragung der erwähnten "opposition" sollte dem Gläubiger, der ein obsiegendes Urteil erstritten hat, die Möglichkeit geben, eine nachteilige Veräußerung oder Belastung des Grundstücks zu verhindern. Der Eintrag hätte also, mit deutschen Begriffen ausgedrückt, gewissermaßen zu einer Sperre des Grundbuchs geführt.

Die im Entwurf Pougeard niedergelegte Vorstellung, daß eine eingetragene dingliche Sicherung auch dann gegenüber späteren Eintragungen besteht, wenn die zu sichernde Forderung untergegangen ist, beinhaltet nicht nur die Idee, daß dem Eintrag öffentlicher Glaube (force probante) zukommt, sondern auch die,

603) Einzelheiten in Art. 2139 und 2140 des Entwurfs; vgl. Grasset S.233

604) Näheres bei Grasset S. 243 - 246

daß spätere Gläubiger nicht nachrücken können und daß die freie Stelle einen dem Zugriff der gewöhnlichen Gläubiger unterliegenden Wert darstellt. (605) Damit ist sogar ein erster Schritt in Richtung auf eine Eigentümerhypothek getan.

Besonders diese beiden Punkte rechtfertigen vollauf die Wertung Hedemanns (606): "Im ganzen ein geistvolles, für die damaligen Verhältnisse sehr weitblickendes Projekt."

Der Ausschuß lehnte sich bei Abfassung seines, die "réforme hypothécaire" betreffenden Gesetzesvorschlages (607), der nach dem Berichterstatter in der Nationalversammlung auch "Projet de Votimesnil" genannt wird, unter Ablehnung der den Entwurf Pougéard besonders kennzeichnenden Vorschläge (opposition und force probante) weitgehend an den Regierungsentwurf an. Es sind aber doch Abweichungen festzustellen, die allerdings nicht im Grundsätzlichen liegen, sondern mehr die Einzelheiten be-

-----  
605) Vgl. dazu Grasset S.246; auch Hedemann aaO. 2.Hälfte, S.98, unter 2

606) loc.cit.

607) Der Ausschuß war gleichzeitig mit einem von dem bekannten Nationalökonom Wolowski eingebrachten Entwurf über die Organisation des Bodenkreditwesens befaßt. Trotz des Staatsstreichs Louis-Napoléons im Dezember 1851 erwuchsen hieraus schon 1852 die "sociétés de crédit foncier" (Dekret vom 28.2.1852, D.P.52.4.102), die, soweit sie außerhalb von Paris bestanden, nach der Ausdehnung des Wirkungsbereichs des Pariser Instituts auf ganz Frankreich unter dem Namen Crédit Foncier de France (vgl.den zwischen diesem und der Regierung geschlossenen Vertrag vom 18.11.1852 im Anhang zum Bestätigungsdekret vom 10.12.1852; D.P.53.4.75; zur Organisation das Dekret vom 6.7.1854, D.P.54.4.135) allmählich in der Zentralinstitution; die einer strengen staatlichen Kontrolle unterstellt waren (D.18.10.1852, D.P.52.4.206), wurden mit weitgehenden Privilegien ausgestattet, so insbesondere von der zehnjährigen Erneuerungsfrist befreit (Dekret v.28.2.1852 loc.cit.) und zur Vornahme des Reinigungsverfahrens in erleichterter Form zugelassen (Dekret vom 10.6.1853, D.P.53.4.114). Vgl. zu dieser Frage Hedemann aaO. 1.Hälfte S.203 ff.; Mittermaier, AcP 35 (1852), S.329 ff.; Chaine, La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat le 2 décembre 1908, Thèse Dijon 1909, S.27 f.; auch die Motive und den Rapport zum Transkriptionsgesetz von 1855 (D.P.1855.4.27), wo - wie bei Chaine - darauf hingewiesen wird, daß die "réforme hypothécaire" besser vor der Errichtung der Bodenkreditanstalten hätte durchgeführt werden sollen.

treffen, wie etwa die Verlängerung der Frist für die Eintragungserneuerung auf 30 Jahre oder die Beibehaltung der Regeln der Art. 834 und 835 C.c. (Einschreibung von Hypotheken bis zu 14 Tagen nach Transkription des Verkaufs (608). Abgelehnt worden war auch der Vorschlag der Einführung einer "publicité réelle" durch Verbindung mit dem Kataster und dem Enregistrement (610). Über die beiden vorhergehenden Projekte hinaus ging der Vorschlag, die Durchführung der Auflösungsklage des Verkäufers (Art. 1654) von der vorhergehenden Beischreibung des Klageantrags beim Eintrag des Verkaufs abhängig zu machen. Die vorher eingetragenen Vorgänge sollten von der Auflösung unberührt bleiben: deren Rückwirkung sollte also beschränkt und insoweit eine gewichtige Ausnahme von der Regel "nemo plus iuris" geschaffen werden (609).

In der gesetzgebenden Versammlung wurde der Entwurf lange und lebhaft diskutiert (611) und bis zum Abschluß der 2. Lesung im März 1851 in zwei ganz wesentlichen Punkten abgeändert: von der Publizierungspflicht für die Legalhypotheken wurde abgegangen, daneben wurde für die Auflösungsklagen die Rückwirkung grundsätzlich beibehalten, die Erhaltung der Klage aus 1654 C.c. aber von der Eintragung des Privilegs aus Art. 2103 abhängig machte, welche Regelung dann von Art. 7 des Transkriptionsgesetzes von 1855 übernommen wurde (612).

Der kurz vor Abschluß stehenden dritten Lesung des Entwurfs wurde durch den Staatsstreich vom 2. Dezember 1851 ein Ende ge-

-----

608) Wegen Einzelheiten vgl. Grasset S. 254 ff.

609) Diese Regel sollte aber im übrigen beibehalten werden, wie Art. 2152 in der Fassung des Entwurfs ausweist: "L'aliénation, quoque suivie de la transcription, ne transfère pas à l'acquéreur plus de droit que n'en avait son auteur, si ce n'est à l'égard d'un précédent acquéreur et à l'égard des tiers qui ont négligé de transcrire." Vgl. auch Chenu aaO. S. 37, Grasset aaO. S. 259. Zum ganzen Projekt auch Guillaud, Livre du centenaire I, S. 421 f.

610) Vgl. Grasset aaO. S. 253 f.

611) Vgl. Grasset aaO. S. 299 - 358

612) Vgl. Chaine aaO. S. 26; Grasset S. 289 ff, Chenu aaO. S. 37 und oben S. 146

setzt. Auch hier verfiel ein aussichtsreiches Projekt den politischen Wirren.

3) Das Second Empire nahm aber die Frage der "réforme hypothécaire" alsbald wieder auf (613). In dem Bestreben, den Code selbst möglichst unangetastet zu lassen (614) und weitere Verzögerungen zu vermeiden, ließ man die heiß umstrittene Frage der Publizität der Legalhypotheken, die das Meiste zum Scheitern der bisherigen Reformen beigetragen hatte, beiseite und befaßte sich im wesentlichen nur noch mit der Transkription: die Zielrichtung der Reform "sprang von der Inskription zur Transkription über" (615). Hier war die Rückkehr zum System des Gesetzes vom 11 brumaire an VII vorgesehen (Publizität des Eigentumsübergangs und der "droit susceptibles d'hypothèque"); die anfangs mit angesprochenen "actes déclaratifs" (im wesentlichen Teilungsakte) wurden wieder ausgenommen (616). Bei den Legalhypotheken wünschte man die Pflicht zur Eintragung derselben innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Ehe oder Vormundschaft sowie die gesetzliche Sanktion der bis dahin üblichen Praxis der Abtretung dieser Hypothek durch die Ehefrau, so daß "n'y restait rien qu'on ne pût voter les yeux fermés." (617). Gesetzgebende Körperschaft und Senat nahmen das Gesetz ohne größere Debatte im Januar und März 1855 an, so daß es am 23.3.1855 verkündet werden konnte (618).

Es brachte - wie im Entwurf vorgesehen - in Art.1 im wesentlichen die Wiedereinführung des in Art. 26, S.2 der loi 11 brumaire an VII niedergelegten Grundsatzes: Publizierungspflicht

-----

- 613) Zu der recht schnell erfolgten Organisation des Bodenkreditwesens vgl. Fn. 607
- 614) Vgl. den Rapport Debelleyme, D.55.4.29 f., unter Nr.23
- 615) Hedemann aaO. 2.Hälfte S.99
- 616) s.dazu Hedemann aaO. 2.Hälfte, S.102, unter 1.
- 617) Chaine aaO. S.27
- 618) Loi sur la transcription en matière hypothécaire (Text in D.55.4.27). Auch hier ergibt sich schon aus dem Titel, daß alle Reformen weitgehend von dem Bestreben der Sicherung von Geldgebern bestimmt waren.

für die Begründung und Übertragung des Eigentums und der "droits réels susceptibles d'hypothèque" durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (Ziff.1), daneben aber auch des Verzichts auf solche Rechte (Ziff.2), der Urteile, die das Bestehen einer mündlichen Abmachung der in Ziff.1 erwähnten Art feststellt und schließlich jedes Zuschlags in der (freiwilligen oder gerichtlich angeordneten) Versteigerung, ausgenommen die zur Teilung einer Gemeinschaft.

Über das Gesetz vom 11 brumaire an VII hinaus waren aber durch Art.2 auch die Begründung einer Antichrese, einer Grunddienstbarkeit und eines dinglichen Nutzungs- oder Wohnrechts publizierungspflichtig (Ziff.1), ebenso der Verzicht auf ein solches Recht (Ziff.2) und ein seine Begründung durch mündliche Übereinkunft feststellendes Urteil (Ziff.3). Schließlich unterstellte Abs.2 Ziff.4 und 5 auch die Pacht- und Mietverträge von über 18 Jahren Dauer und Urteile, die für derartige Verträge minderer Dauer die Einhebung oder Abtretung eines noch nicht fälligen Miet- oder Pachtzinses für über 3 Jahre feststellen, der Publizität.

Art.3 normierte den Grundsatz, daß bis zur Transkription die aus den in den vorhergehenden Artikeln aufgezählten Akten und Urteilen entspringenden Rechte Dritten, die Rechte am Grundstück haben und diese unter Beachtung des Gesetzes bewahren ließen, nicht entgegengesetzt werden können. Damit waren die Grundprinzipien auch des heutigen französischen Liegenschaftsrechts gelegt: es kennt weder ein Eintragungsprinzip noch ein materielles Publizitätsprinzip im Sinne des deutschen Rechts. Die Eintragung ist lediglich Voraussetzung der Entgegengesetzbarkeit und genießt keinerlei öffentlichen Glauben, sondern lediglich im Fall eines Konflikts zwischen zwei Inhabern direkt konkurrierender Rechte am Grundstück formale Rechtskraft. (619)

-----  
619) Näheres dazu oben S. 132 ff.

Die Art.4 und 7 befassen sich mit Nichtigkeit und Auflösung des Übertragungsgeschäfts (620). Art.6 hebt, im Gegensatz etwa zum Projet de Vatimesnil, die Art.834 und 835 C.proc.civ.(621) auf: grundsätzlich ist die Eintragung von Hypotheken oder Vorzugsrechten nach dem bisherigen Eigentümer nur bis zur Transkription des Eigentumsübergangs möglich, nur für die Eintragung des dem Verkäufer oder Auseinandersetzungsbeteiligten in Art. 2108 und 2109 zugesprochenen Privilegs wird eine Frist von 45 Tagen nach Verkauf oder Teilung gewährt, ungeachtet einer etwa inzwischen erfolgten Transkription.

Die - wie bereits erwähnt - im Entwurf vorgesehene Pflicht zur Eintragung der Legalhypotheken von Mündel und Ehefrau für den Fall der Beendigung der Ehe oder Vormundschaft, und zwar binnen Jahresfrist, widrigenfalls das Recht Dritten gegenüber erst mit dem Tag der späteren Eintragung wirkt, ist in Art.8 des Gesetzes normiert. Art.9 unterwirft die Abtretung der Legalhypothek der Ehefrau oder den Verzicht darauf der Beurkundungspflicht und zwingt die Zessionare zur Eintragung.

Nichts geändert wurde an dem Publizitätssystem der dinglichen Grundstücksverwertungsrechte, wie es der Code aufgestellt hatte, sowie an der übernommenen formellen Seite der Publizität und an der Organisation, wofür weiterhin das schon erwähnte Gesetz vom 21 ventôse an VII (11.3.1799) galt (bis zur Reform von 1955).

Das Gesetz von 1855, das - zusammen mit den nur Vorzugsrecht und Hypothek betreffenden Vorschriften des 13.Titels im 3.Buch des Code - die Publizität der Liegenschaftsrechte mit gewissen Erweiterungen durch die Gesetzesverordnung von 1935 bis zum Inkrafttreten der Reformgesetzgebung von 1955 regelte, bedeutete trotz aller Vorteile, die es gegenüber dem Code civil brachte, und trotz der Erfüllung mancher Wünsche, wie sie etwa bei der Enquête von 1841 geäußert worden waren,

620) siehe oben S.144 ff.

621) Text s.o. Fn.433

nach allen vorhergehenden guten und weitgreifenden Ansätzen nur einen halben Schritt vorwärts in Richtung auf die gewünschte Publizität und so einen "compromis désastreux, parce que ce demi-progrès arrêta tout nouvel essai pendant trente-cinq ans." (622)

Es blieben noch zuviele Mängel, als daß eine wirkliche Sicherheit in den Bodenverkehr gebracht worden wäre. Abgesehen davon, daß weiterhin die generellen und nicht publizierungspflichtigen Legalhypotheken beibehalten wurden - eine Reform in dieser Richtung war schon garnicht angestrebt worden(623) - war das System auch in sich unvollständig: es waren weder der Rechtsübergang von Todes wegen (624) noch die "actes déclaratifs" noch die gerichtliche Auflösung oder Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrags der Publizität unterworfen.(625)

-----

622) Flour de Saint-Genis, Le crédit territorial en France et la réforme hypothécaire in Bulletin du Comité des Travaux historiques et scientifiques, Section des sciences économiques et sociales, 1891, S.218. S. auch Chaine aaO.S.28

623) S. die Motive in D.55.4.29 unter Nr.13 ff.

624) Die Eintragung dieses Erwerbs soll und kann natürlich nicht Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit oder gar der Wirksamkeit desselben sein. Auch das BGB ist ja nicht so weit gegangen, sogar den Erwerb von Todes wegen von der Eintragung abhängig zu machen. Trotzdem hat in Frankreich die Transkription des Erwerbs kraft Erbgangs wegen des Systems der "personalen" Publizität größere Bedeutung, als sie bei uns haben könnte. Außerdem sollte sich ein Rechtserwerber im Hinblick auf das Fehlen eines unserem Erbschein entsprechenden Instituts aus dem Eintrag im Transkriptionsregister sicher informieren können, wer verfügungsberechtigt ist.

625) Vgl. zur Kritik etwa Planiol-Ripert-Picard aaO. Nr.629; de Loynes, Livre du centenaire I, S.388. Ausführlich auch Hedemann aaO. 2.Hälfte S.101 ff. Nicht zu Unrecht bemerkt dieser hierzu (in Fn.75), daß vielleicht nicht so sehr das Gesetz daran Schuld ist, daß nicht auch die erwähnten Vorgänge publizierungspflichtig sind. "Der Text der entscheidenden Gesetzesstelle (Art.1 des Gesetzes von 1855, verbiis:"tout acte translatif de propriété") dürfte einer Übertragung auf fast alle ausgeschiedenen Vorgänge fähig sein; nur gehörte dazu eine etwas kühne Auslegung und ein Bruch mit der überkommenen Tradition." Dies gilt vor allem für die Teilung: wäre man von der

Die für letztere in den Art. 4 (626) und 7 (627) aufgestellten Sonderregeln schützten Dritte doch nur recht unvollkommen.

Als Versäumnis ist auch zu bewerten, daß man dem Eintrag trotz mancher dahingehender Wünsche keinen öffentlichen Glauben zumaß. Der Vorrang der wahren Berechtigung scheint auch zu tief im französischen Rechtsdenken verwurzelt zu sein, als daß man vom damaligen Gesetzgeber eine Maßnahme hätte erwarten dürfen, die auch der heutigen nicht zuwege brachte.

Überdies blieb die Transkription weiterhin gewissermaßen fakultativ, eine direkte Sanktion ist die Nichtentgegensetzbarkeit ja nicht. (628) Ein nicht geringer Teil der vorgenommenen Grundstücksrechtsgeschäfte blieb daher verborgen.

Als Mangel ist auch zu verzeichnen, daß die Kommission - nach eingehender Diskussion (629) - davon abgesehen hatte, für Grundstücksrechtsgeschäfte den Beurkundungszwang einzuführen. Daher wurden, vor allem auf dem Lande, diese nur privatschriftlich oder gar mündlich geschlossen, mit allen daraus entspringenden Fehlern und Unsicherheiten, und überdies - oft aus Kostengründen - die Publikation unterlassen. Auch die Beibehaltung des alten, umständlichen und unzuverlässigen Registerapparats ist zu bemängeln. (630)

-----  
Auffassung, daß diese die vorher schon feststehenden Bruchteile nur konkretisiert (vgl. Fn.473), abgegangen, so wäre auch dieser Vorgang unter Art.1 zu subsumieren gewesen.

626) S. oben S.144

627) S. oben S.146

628) Vgl. etwa Planiol-Ripert-Picard Bd.III Nr.629 unter c)  
Man denkt in Frankreich bei dieser Kritik aber nicht daran, nun etwa die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts überhaupt von der Eintragung abhängig zu machen, sondern an - vom "enregistrement" her bekannte - drastische Geldstrafen und an die Einführung des Voreintragungsprinzips, das ja indirekt auch einen starken Zwang zur Eintragung ausüben kann.

629) Vgl. den Bericht in D.55.4.30 f., unter Nr.32

630) Dazu Planiol-Ripert-Picard Bd.III Nr.629 unter b); ausführlich auch Hedemann aaO. 2.Hälfte S.107 ff.

d) Bis zur Gesetzesverordnung vom 30.10.1935

Wegen der aufgezeigten Mängel erhoben sich gleich nach Inkrafttreten des Transkriptionsgesetzes Kritik und Reformverlangen. Dabei hat es sich längere Zeit nur um Einzelvorstöße ohne größeres Gewicht gehandelt, auf die allerdings teilweise gesetzgeberische Maßnahmen ohne größere Bedeutung folgten. (631) Erst im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts konzentrierten sie sich zu einer kraftvollen, aber erfolglosen Reformbewegung, die weite Kreise interessierte, auch in die ersten Jahre des 20. Jahrhunderts hinüberreichte, dann aber bald wieder abflaute.

Die ersten Ansätze dazu lassen die Kongresse dieser Jahre erkennen (632). Zu erwähnen sind besonders die Kongresse der "sociétés savantes" in den Jahren 1886, 1887 und 1888. Auf allen wurde eine Reform des Liegenschaftsrechts auf der Grundlage von Grundbüchern (633) vorgeschlagen. Ganz im Zeichen dieser

-----

631) Die erste gesetzliche Verbesserung brachte das Gesetz vom 21.5.1858 (D.1858.4.38): durch Neufassung von Art.717 Abs. 6 C.proc.civ. wurde festgelegt, daß der Zuschlag in der Versteigerung das Grundstück von allen Belastungen, namentlich auch von nicht eingetragenen Legalhypotheken befreit (vgl. dazu de Loynes, Livre du centenaire, I, S.402). Weitere gesetzliche Verbesserungen bis zur Jahrhundertwende, die aber nur Randerscheinungen betreffen: Gesetz v.12.2.1872 (Vermieterprivileg nur bei Konkurs des Mieters); Gesetz v.10.12.1874, geändert durch Gesetz vom 13.2.1885 (Einführung der Schiffshypothek); Gesetz vom 13.2.1889 (Regelung des Verzichts auf die Legalhypothek der Ehefrau, vgl. dazu oben S. 102; diese Neuregelung geht auf Reformverlangen der Notare von 1866 und 1882 zurück, vgl. Sautai aaO.S.157/158; zum Problem selbst de Loynes, Livre du centenaire, I, S.402); Gesetze vom 19.2.1889, 30.12.1892 und 11.6.1893 brachten Änderungen bei gewissen Vorzugsrechten. Schließlich befreite das Gesetz vom 27.7.1900 die Eintragung von der Stempelsteuer. Vgl. zum Ganzen Guillouard aaO. S.432, Sautai aaO., Planiol-Ripert-Becqué aaO. Bd. XIII Nr.1435 (s.867 f.)

632) Diese Kongresse zeigen, wie weit die Probleme des Liegenschaftsrechts weiteste Volkskreise beschäftigten. Hedemann aaO. 2.Hälfte S.112 bemerkt zu Recht, daß diese vor allem deswegen ins Gewicht fallen, weil bei ihnen das Laienelement sehr stark zu Wort kommt. Daß gerade dies den Kongressen auch viel an Wert nahm, ist klar; es traten häufig zu sehr subjektive Interessen in dieser oder jener Richtung in den Vordergrund, und gerade hierüber kam später auch die Wende.

633) im Sinne des deutschen Rechts, in Frankreich "livres fon-

Grundbuchidee stand auch der vom Handelsministerium im August 1889 nach Paris einberufene Kongreß zum Studium der Übertragung von Grundeigentum, wo sogar eine ständige Kommission zur Untersuchung der Grundbuchfrage gebildet wurde (634). Ganz überraschend kam aber auch von dieser Seite her der Umschwung: auf dem vom 17. bis 22. Oktober 1892 in Paris tagenden Congrès international de la propriété foncière wurde gleich zu Anfang eine Resolution des Notars Fabre angenommen, die die Einführung der - an sich als dem französischen System überlegen anerkannten - "publicité réelle" wegen des schlechten Zustands des Katasters als seinerzeit kaum möglich und auch nicht sehr dringend erklärt. Verlangt wurde deshalb bloß noch die zweckentsprechende Reform des Gesetzes von 1855 in Richtung auf eine umfassende Publizität, vor allem der Legalhypotheken und Vorzugsrechte (635).

Diesem Standpunkt schlossen sich die folgenden Kongresse der Jahre bis 1900 ausnahmslos an (636): die Praktiker fürchteten die hohen Kosten einer nach ihrer Meinung vor Einführung eines "livre foncier" notwendigen Katastererneuerung und eine zu starke "mobilisation du sol."

Ab 1892 ist also in den mit dem Problem der Publizität befaßten Laienkreisen eine Abwendung vom System der "livres fon-

-----

ciers" genannt. Vgl. hierzu und zum folgenden Chaine aaO. 40 ff., auch Hedemann aaO. 2. Hälfte S. 112

- 634) Wegen Einzelheiten vgl. die 1889 erschienenen Protokolle (Procès-verbaux sommaires du Congrès international pour l'étude de la transmission de la propriété foncière).
- 635) Vgl. dazu Bally, Rapport sur le Congrès international de la propriété foncière 1892; Chaine aaO. S. 41; Bitouzé aaO. S. 12 f.
- 636) Zu erwähnen sind: der Congrès de la Société des Agriculteurs de France von 1893, der die Einführung des im Entwurf von 1850 vorgesehenen Systems forderte; der Congrès de la propriété bâtie von 1894 in Lyon und 1897 in Paris; der Congrès de la propriété immobilière 1896 in Rouen, schließlich der Congrès international de la propriété bâtie und der Congrès international de la propriété foncière, beide 1900 in Paris. Vgl. dazu Chaine aaO. S. 43/44

ciers" festzustellen, was auf die diesbezügliche Parlamentsarbeit, wie zu zeigen sein wird, nicht ohne Einfluß blieb.

1) Diese Wende kam umso überraschender, als die damalige fast unübersehbare Literatur zu diesem Problem (637) durchweg auf ein Grundbuchsystem hinsteuerte und offizielle Kreise sich um die Reform des Katasterwesens bemühten, mit dem Ziel, dieses auf den neuesten Stand zu bringen und zu einer brauchbaren Grundlage für das erstrebte Grundbuchsystem zu machen.

Die ersten Ansätze hierzu fallen in das Jahr 1890: damals erbat das Finanzministerium für das Haushaltsjahr 1891 die Bereitstellung einer Summe von 1 Million Franken zur Inangriffnahme einer Reform des Katasters. In der amtlichen Begründung (638) dazu heißt es, daß damit nicht bloß steuerliche Zwecke verfolgt werden sollten: "le cadastre constituerait la base de la propriété foncière; il assurerait la sécurité des transactions immobilières; il fournirait enfin à l'agriculture, par le développement des institutions de crédit, les moyens d'action qui lui font défaut aujourd'hui. En un mot, il deviendrait le Grand-Livre terrier de la France."

-----

- 637) Hervorgehoben zu werden verdienen: Besson, Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, Paris 1891, mit sehr ausführlichen historischen und rechtsvergleichenden Ausführungen und eigenen Vorschlägen; Flour de Saint-Genis, L'enregistrement et la réforme des lois foncières, 1891, daneben seinen bereits zit. Aufsatz Le crédit territorial en France et la réforme hypothécaire; dazu die Artikel von de Loynes und Guillaouard im Livre du centenaire. Weitere Literatur etwa bei Hedemann loc.cit. Fn.96
- 638) Exposé des motifs zu Kap. 64, 65 und 66 im Teil 4 des Haushalts des Finanzministeriums für das Jahr 1891; Zitat nach P.V. Comm. extraparl. cad. Bd.1, S. 5; vgl. auch de Loynes loc.cit. S.424; Chaine loc.cit. S.42; Hedemann aaO. 2.Hälfte S. 113. Man sieht hier, worauf de Loynes loc.cit. mit Recht hinweist, das Programm der Fakultät Caen von 1841 (s.o. Fn. 458) wieder aufgenommen.

Der Berichterstatter der Haushaltskommission, Poincaré, betonte in seinem am 2.12.1890 der Kammer erstatteten Bericht gerade auch diesen Punkt: "La création de l'état-civil et du Grand-Livre de la propriété immobilière, telle est l'oeuvre primordiale qu'il faut accomplir avant de corriger les nombreuses imperfections de notre régime hypothécaire." (639)

Unter Ausnutzung der vom Parlament in der beantragten Höhe bewilligten Mittel setzte die Regierung auf Vorschlag des Finanzministers Rouvier (640) durch Dekret vom 30.5.1891 die "Commission extraparlamentaire du cadastre" ein, in die Senatoren, Staatsräte, Professoren sowie juristische und technische Praktiker berufen wurden, wobei die Zahl der Mitarbeiter je nach Arbeitsanfall zwischen 70 und 90 schwankte. (641)

Am 10.6.1891 hielt die Kommission unter dem Vorsitz des Finanzministers ihre erste Vollsitzung ab, wobei die Aufgabe genau umrissen wurde: "asseoir la propriété immobilière sur deux bases solides, l'une graphique, l'autre juridique, sur le cadastre et le livre foncier, constamment tenu en concordance et à jour." (642) Es wurde eine Aufteilung in drei Unterausschüsse beschlossen, nämlich in die sous-commission technique, die sous-commission juridique und die sous-commission des voies et moyens.

Erstere hatte sich mit den technischen Fragen der Katastererneuerung zu befassen, die hier nicht näher behandelt werden

-----  
639) Zit. nach Chaine und Hedemann loc.cit.

640) Vgl. seinen Bericht in D.92.4.28, wo ähnliche Gedanken wie in den Motiven geäußert werden und auf den Bericht Poincaré Bezug genommen wird. Hinweisen auf die dringenden Reformwünsche folgen solche auf bessere Organisation vieler ausländischer Staaten und die Behandlung von Einzelproblemen, wobei der Wunsch nach Einführung übertragbarer Hypothekentitel hervorzuheben ist.

641) Die Arbeiten dieser Kommission sind in den 1892-1905 vom Finanzministerium herausgegebenen neunbändigen "Procès-Verbaux" veröffentlicht worden.

642) Cheysson, P.V. Bd.7, S.496

sollen. (643) Sie unterteilte sich zunächst in drei Sonderabteilungen, nämlich das comité d'enquête, das den Zustand des Katasters feststellen sollte, dabei zum Ergebnis kam, daß in etwa 80% aller Gemeinden eine vollständige Neuanlegung nötig sei und nur für den Rest eine Revision genüge, und das versuchsweise eine ganze Gemeinde katastrierte (644), das comité d'essais, das die Brauchbarkeit der verschiedenen Vermessungsmethoden erproben und danach auch die ungefähren Kosten einer Neuvermessung schätzen sollte, wobei man - unter Außerachtlassung von Grenzregulierungen u.s.w. - auf 300 Millionen Franken kam, und schließlich das comité d'exécution, das sich ebenfalls mit der Erprobung von Vermessungsmethoden und -apparaten befaßte. Später wurde das comité de rédaction et d'études eingesetzt, das die Ergebnisse redaktionell verarbeiten und die Beratungen des Gesamtunterausschusses vorbereiten sollte. (645)

Hier weniger interessierend ist auch die Arbeit der zuletzt genannten sous-commission des voies et moyens, die sich hauptsächlich mit dem Problem der Verteilung der Kosten einer Katastererneuerung zwischen Staat, Departements und Gemeinden zu befassen hatte und dabei weitgehend auch Erfahrungen aus dem Ausland heranzog. (646)

Die im Rahmen dieser Arbeit hauptsächlich interessierenden Beratungen fanden in der sous-commission juridique statt, die meist geschlossen tagte, aber auch von Fall zu Fall kleine Sonderkommissionen bildete, wie etwa das gleich zu Beginn eingesetzte comité de rédaction et d'études (647) oder das 1894

-----  
643) Vgl. dazu die Angaben bei Grasset aaO. S.3678378, auch bei Hedemann aaO. 2.Hälfte S.120 f., mit Hinweisen auf die P.V.

644) Vgl. P.V. Bd.6 S.515 ff.

645) Vgl. zusammenfassend den Generalbericht von Cheysson, P.V. Bd.6 S.495-581

646) Sitzungsprotokolle, Berichte und Beschlüsse in Bd.8 der P.V.; kurze Angaben auch bei Hedemann aaO. 2.Hälfte S.122, unter C.

647) S. P.V. Bd.1 S.209 ff.

zur Zusammenfassung des bis dahin auf dem Gebiet der Vorzugsrechte und Hypotheken Erarbeiteten ~~eingesetzte~~ comité de révision. (648)

In den insgesamt 72 Sitzungen, deren erste mit Beschlüssen über den Plan des Vorgehens (649) am 10.6.1891, deren letzte am 5.7.1900 stattfand (650), stellte diese Kommission auf Grund zahlreicher Berichte mehrere Entwürfe fertig.

Hierbei sind zu erwähnen die Berichte von Challamel über die Frage der Judikathypothek vom 26.11.1891 (Abschaffung derselben, aber Ersatz durch umgeformte Vollstreckungsmittel) (651), über die Legalhypotheken (mit einem Vorentwurf) vom 24.11.1892 (Frage der Publizität und des Ersatzes derselben durch andere Sicherheiten, insbesondere durch Hinterlegung von Geld), über die Immobilienvorzugsrechte (mit Vorentwurf) vom 8.12.1892 (Publizität für alle Privilegien) (653), über den Hypothekarkredit vom 22.2.1894 (Wunsch nach Einführung eines "bon hypothécaire", von dem ein Muster angefügt ist) (654) und schließlich, zusammenfassend, über die Vorzugsrechte und Hypotheken vom 21.12.1899 (655), auf welchen Berichten und Entwürfen der am 1.3.1900 von der sous-commission juridique verabschiedete Vorentwurf über die Vorzugsrechte und Hypotheken basiert. (656)

-----

648) Vgl. P.V. Bd.7 S.61

649) Man einigte sich nach langer, verworrener Diskussion auf die Reihenfolge: 1. Réforme hypothécaire, 2. Etablissement des livres fonciers, 3. Délivrance d'un titre de propriété, 4. Cadastre

650) Vgl. P.V. Bd.1, S.191-329, Bd.2 S.91-686, Bd.3 S.41-410, Bd.5 S.265-596, Bd.7 S.23-387 und Bd.9 S.17-448

651) P.V. Bd.2 S.205-209

652) P.V. Bd.3 S.111-129

653) P.V. Bd.3 S.173-181

654) P.V. Bd.5 S.517-533

655) P.V. Bd.7 S.61 ff.

656) Text P.V. Bd.7 S.393 ff. Diesem folgte der endgültige Entwurf des Plenums in allen wesentlichen Punkten, weshalb auf dessen wiederzugebenden Inhalt verwiesen wird.

Daneben sind anzuführen von Massigli die Berichte über die Publizität der dinglichen Rechte außer Vorzugsrecht und Hypothek vom 2.6.1892 (mit einem Vorentwurf; Beibehaltung des Systems der Übertragung solo consensu, aber öffentlicher Glaube des Eintrags, Einführung des Relativitätsprinzips und der Vermerkung) (657), über die Einschreibung ("immatriculation") der Grundstücke vom 25.1.1894 (658) und schließlich der rapport général de l'avant-projet sur l'institution des livres fonciers et leur fonctionnement en ce qui concerne les droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques vom 8.3.1900 (659), aus dem das am 5.7.1900 angenommene Projekt der sous-commission juridique über die Einrichtung von Grundbüchern hervorgegangen ist. (660)

Die beiden Entwürfe wurden später vom Plenum der Katasterkommission in einem "avant-projet sur les privilèges et les hypothèques" und in einem "avant-projet sur l'institution des livres fonciers" zusammengefaßt, überarbeitet und mit dem aus den Arbeiten der beiden anderen Unterausschüsse hervorgegangenen "avant-projet sur la réfection ou la revision et la conservation du cadastre" sowie einigen ergänzenden Beschlüssen unter dem Datum 16.3.1905 veröffentlicht. (661)

Inhaltlich nehmen die beiden hier zu behandelnden Entwürfe viele Anregungen aus der Enquête von 1841 auf, verarbeiten sie aber zu einem präzise durchdachten, einheitlichen System auf der Grundlage eines Grundbuchs. Zumindest bei der Behandlung dieser beiden Punkte hat man sich aber von der traditionellen

-----

657) P.V. Bd.2 S.541-567

658) P.V. Bd.5 S.427-435

659) P.V. Bd.9 S. 55-166

660) P.V. Bd.9 S.457-474; dazu gab es allerdings vorher mehrere andere Entwürfe, vgl. P.V. Bd.9 S.167-193 und 335 - 352. Dieser Entwurf stimmt im wesentlichen mit dem des Plenums überein, weshalb auf diesen verwiesen wird.

661) Alles abgedruckt in P.V. Bd.9 S.517 ff. Genauere Angaben über die beiden ersten endgültigen Vorentwürfe auch bei Grasset aaO. S.378-557

Aufteilung des französischen Rechts - hie Vorzugsrechte und Hypotheken ("inscription"), hie die übrigen dinglichen Rechte ("transcription") - nicht trennen können. Deswegen kommt es zur Behandlung von Einzelfragen des Grundbuchs, über dessen Einführung von vorneherein Klarheit herrscht, erst bei der Behandlung des letzteren Komplexes, man verhandelte also zunächst etwas in die Leere hinein.

Beim Thema Vorzugsrechte und Hypotheken, das zunächst aufgegriffen worden war, waren grundsätzliche Änderungen nicht vorgesehen. Die zur Diskussion stehende Einführung einer zusätzlichen Form von dinglichen Verwertungsrechten nach deutschem Vorbild, nämlich der Grundschuld ("dette foncière") wurde ebenso abgelehnt wie die Wiedereinführung der Eigentümerhypothek und der "cédules hypothécaires" des Gesetzes vom 9 messidor an VII.(662)

Bei den Privilegien wurden kleinere Änderungen und Klarstellungen vorgenommen, insbesondere bei den reinen Immobiliarpri-  
vilegien: das Verkäuferprivileg wurde ausdrücklich auf Ausein-  
andersetzungsbeteiligte, Schenker, Tauschpartner ausgedehnt,  
das lange umstrittene Vorzugsrecht auf Abtrennung der Nachlaß-  
masse besonders erwähnt. (Art.9). Alle Privilegien, mit Aus-  
nahme des absolut vorrangigen Gerichtskostenprivilegs (Art.9,  
Ziff.1), wurden durch Art.10 dem Zwang zur Eintragung in das  
Grundbuch, durch Art.51 dem Spezialitätsprinzip unterworfen.  
Die Art.13 bis 15 des Projekts bringen Einzelheiten über Ein-  
tragungserfordernisse und -fristen der einzelnen Privilegien.

Bei den Hypotheken sind schon etwas spürbarere Veränderungen festzustellen. Zunächst wird der Kreis der belastbaren Ge-  
genstände um die Emphyteuse und nicht in das Eigentum des Grund-  
herren fallende Bauten auf fremdem Boden erweitert (Art.18,  
Ziff. 3 und 4).

-----  
662) Vgl. Grasset aaO. S.480 und 540 ff., Nr.56 und 57. Das  
endgültige avant-projet sur les privilèges et hypothèques  
ist abgedruckt in P.V. Bd.9 S.823 ff.

Besondere Erwähnung verdient die Aufgabe der Judikatshypothek (Art.17 Abs.1, der nur noch Legal- und Vertragshypothek anspricht). Wie schon angedeutet, war zunächst ein Ersatz vorgeschlagen worden (663), später entschloß man sich nach langen Diskussionen über die Ersatzfrage zur ersatzlosen Streichung.

Für die Legalhypotheken, deren Beibehaltung in beschränkter Zahl (Art.19 zählt ihrer 6 auf) vorgesehen war, wurde die Unterwerfung unter das Publizitäts- und Spezialitätsprinzip normiert. Art.17 Abs.2 bestimmte: "Dans aucun cas, elle n'a d'effet que par son inscription au livre foncier", und in Art.51 hieß es: "L'inscription des privilèges immobiliers et des hypothèques ne peut avoir lieu que pour une somme déterminée et sur des immeubles déterminés."

Da man in der Eintragungspflicht (als Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit gegen Dritte) aber eine Gefährdung der Interessen von Ehefrau und Mündel sah, einigte man sich auf gewisse Ersatzmittel und besondere Eintragungspflichten. Gericht, Familienrat und Notar wurden zur Vornahme der Eintragung verpflichtet, und für gewisse Fälle war die Auslösung oder die Ersetzung der Hypothek durch Sicherheitsleistung vorgesehen (vgl.Art.20 und 29 ff. des Projekts) (664)

Für die Vertragshypothek wurde zunächst die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben (Art.43 Abs.1) (665). Nicht zugelassen

-----

- 663) So hatte noch der von Challamel am 26.11.1891 eingebrachte Rapport sur la question de l'hypothèque judiciaire (P.V. Bd.2 S.205-209) vorgesehen, an Stelle der Judikatshypothek dem Inhaber eines vollstreckbaren Titels die Eintragung einer an den Schuldner gerichteten Zahlungsaufforderung (commandement) auf bestimmten Grundstücken zuzugestehen.
- 664) Bemerkenswert Art.28: Der ausländischen Ehefrau wird eine Legalhypothek zugestanden, wenn ihr Heimatrecht ein vergleichbares Recht kennt oder wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Ehegatten ihre Beziehungen franz. Recht unterstellen wollen.
- 665) Auch hier wieder eine Kollisionsnorm: Art.44 läßt, abweichend von Art.2128 C.c., die Bestellung einer Hypothek an einem franz. Grundstück im Ausland zu. In einem solchen Fall genügt die Einhaltung der Ortsform.

war eine Hypothek auf erst künftig in das Vermögen des Schuldners fallende Grundstücke, auch nicht für den Fall, daß das jetzige Grundvermögen zur Sicherung nicht ausreicht (Art.49). Neben Sonderregeln der Hypothekenbestellung durch Gesellschaften (Art.43 Abs.2) und zur Sicherung der Ausgabe von Schuldverschreibungen (Art.45) (666) sahen die Art.47 und 48 die Möglichkeit der Begabe indossabler "bons hypothécaires" vor. Art.47 bestimmte hierzu:

"Tout créancier hypothécaire ou privilégié, dont la créance est dès à présent déterminée et n'est affectée d'aucune condition, peut, avec le consentement du débiteur et du propriétaire de l'immeuble grevé, requérir du conservateur, soit au moment de l'inscription, soit ultérieurement, la délivrance d'un ou de plusieurs bons hypothécaires, revêtus de la clause à ordre, à concurrence du principal de ladite créance. Selon la volonté des parties, ces bons sont établis concurremment, ou suivant un ordre déterminé de priorité."

Wenn man dazu noch die Bestimmung des Art.72 Abs.2 (667) hinzuzieht, der bestimmt, daß zugunsten gutgläubiger Inhaber solcher "bons" die Eintragung nicht nur - wie § 1138 BGB - das Recht, sondern - anders als das BGB - darüberhinaus auch das Bestehen der Forderung garantiert, so hat man ein sehr umlaufsfähiges Papier vor sich, das zwar streng akzessorisch gedacht ist, also - anders als die "cédules hypothécaires" des Jahres III - das Bestehen einer Forderung voraussetzt und damit die Schwierigkeiten bei der Bewerbung des Grundstücks umgeht, wegen des weitgehenden Gutglaubensschutzes aber doch durchaus verkehrsg geeignet ist, zumal es auch geteilt und mit Zinskoupons versehen werden kann.(668)

Im übrigen war der Gutglaubensschutz auf dem Gebiet der Vorzugsrechte und Hypotheken lange umstritten. Im erwähnten

- 
- 666) Vgl. zu dieser Frage die Untersuchungen bei Grasset, S.515 ff unter Nr.29 und 30  
667) Text unten bei Fn.670  
668) Vgl. dazu Grasset aaO. S.540 ff., bes. die Nrn. 61-70

Generalbericht von Challamel vom 21.12.1899 (669) war ein Gutgläubensschutz außer für die "bons hypothécaires" nicht vorgesehen. Die sous-commission juridique dehnte diesen aber, mit unerheblichen Ausnahmen für die Legalhypotheken, auf alle Hypotheken und Privilegien aus. Im Schlußentwurf erhielt Art.72 dann folgende Fassung (670) :

"L'inscription des privilèges immobiliers et des hypothèques conserve, au regard des tiers, le droit de suite et de préférence qui appartient au créancier.

Celle exclut, dans l'intérêt des cessionnaires à titre onéreux et de bonne foi, toute contestation sur l'existence ou la validité du privilège ou de l'hypothèque mais sans établir, sauf au profit des porteurs de bons hypothécaires exerçant leurs droits sur l'immeuble, l'existence ou la validité de la créance elle-même, ni, quant aux hypothèques légales, la légitimité du titre d'ou ils procédaient." (671)

Für die übrigen dinglichen Rechte war die Ausstattung der Eintragung mit der force probante nicht umstritten. In Art.5 des endgültigen Entwurfs über die Einrichtung von Grundbüchern (672) war vorgesehen, daß der Eintrag zwar keine konstitutive Wirkung hat und auch nicht Mängel des Rechtsgeschäfts inter partes heilt, aber im Verhältnis zu Dritten öffentlichen Glauben genießt, der ursprünglich weder durch schlechten Glauben noch durch besseres Wissen ausgeschlossen werden können sollte, also eigentlich formale Rechtskraft beinhaltete, später aber nach dem Vorbild des deutschen Rechts (673) ausgestaltet

-----  
669) S. Fn.655

670) Text des Avant-projet définitif in P.V. Bd.9 S.823 ff.

671) Weitere Einzelheiten zum Komplex Hypotheken und Privilegien in Art.73-81 (dazu Grasset aaO. S.517-524), Art. 82-85 (letzterer befreite die Übertragung von bons hypothécaires und auf Order oder Inhaber gestellten sonstigen Hypothekentiteln von der Eintragungspflicht; vgl.Grasset aaO. S.530-534), Art.86-97 (Erlöschen, insbes.durch purge; dazu Grasset, S.534-540)

672) Abgedruckt P.V. Bd.9 S.843 ff.

673) Das deutsche Recht hat einen sehr großen Einfluß auf die Arbeiten der Kommission ausgeübt, wie überhaupt in der französischen Rechtswissenschaft um die Jahrhundertwende der Blick dauernd über die Grenzen ging, wie die Unzahl der rechtsvergleichenden Arbeiten und die fast zu jedem Thema gebrachten Hinweise auf Regelungen im Ausland zeigen(vgl.dazu auch Hedemann aaO. 2.Hälfte S.115 ff.).

wurde (674).

Nach deutschem Muster ausgestaltet werden sollte auch das *livre foncier*, dessen Einführung zwar auch in den Beratungen der Kommission nicht ungeteilten Beifall fand, aber doch im Anfang durchaus im Vordergrund stand (675). Die Einsetzung eines Grundbuchrichters war allerdings nicht geplant, dafür sollte der Hypothekenbewahrer umfassendere Kontrollbefugnisse bekommen. Das in Art.33 des endgültigen Entwurf niedergelegte Voreintragungsprinzip war § 5 der preußischen Grundbuchordnung vom 5.5.1872 nachgebildet.

Bemerkenswert ist hier der ursprüngliche Vorschlag, einen speziellen "*casier civil*" zur Eintragung von genauen Angaben über Personenstand, Geschäftsfähigkeit und Einschränkungen der Verfügungsbefugnis beim Grundbuchblatt aufzunehmen (676). Davon wurde aber später wieder abgegangen, dafür eine Prüfungspflicht des Notars oder des Hypothekenbewahrers festgelegt (Art.44 und 47 des endgültigen Entwurfs).

In dieses Grundbuch sollten alle Grundstücksrechtsgeschäfte unter Lebenden eingetragen werden, ebenso alle rechtskräftigen Urteile "*ayant pour effet de constituer, transmettre, modifier ou éteindre un droit immobilier*" (Art.8 des endgültigen Entwurfs), darüberhinaus alle "*actes déclaratifs*", Miet- und Pachtverträge von über 12 Jahren Dauer, Rechtsgeschäfte und Urteile, die den Erhalt oder die Abtretung des Miet- oder Pachtzinses von mehr als 1 Jahr feststellen, und die Grundstückspfändung (Art.9). Art.11 sah die Eintragung der aus Eheverträgen entspringenden Eigentumsrechte vor, Art.27 auch den Erwerb von Todes wegen (677).

-----  
674) Vgl. Grasset aaO. S.409-413

675) Wegen der in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen ("*publicité réelle*" oder "*personnelle*" u.ä.) vgl. Grasset aaO. S.379-408 und die Art. 1-7 des endgültigen Entwurfs über die Grundbücher (P.V. Bd.9 S.845 f).

676) Art. 74-83 des Vorentwurfs der sous-commission juridique, P.V. Bd.9, S.167-193

677) Vgl. dazu im einzelnen Grasset S.445 ff.

Dieser großen Leistung des ausgehenden 19. Jahrhunderts, die nicht zuletzt darin lag, daß über 14 Jahre hinweg ein einheitliches Ziel, das Grundbuch, verfolgt wurde, ohne daß man sich in zu vielen oder gar widersprüchlichen Einzelheiten verlor, war aber ebenso ein Erfolg versagt wie der von 1841: das gesamte Material blieb ungenutzt liegen. Es hat aber zweifellos spätere Projekte und wohl auch die Reform von 1955 befruchtet, die viele Anregungen der Kommission in gesetzliche Vorschriften umgoß, ohne daß sich allerdings eine direkte Beeinflussung nachweisen ließe.

In der Zwischenzeit hatte der Staat sich nur zu einer Maßnahme aufraffen können, die gleichzeitig eine gewisse Resignation zeigt: ein Gesetz vom 17.3.1898 (678) sah für die Gemeinden eine staatliche Beihilfe von 40% der Kosten für die Katastererneuerung vor. Der Erfolg war allerdings äußerst gering: in 5 Jahren hatten sich erst 96 Gemeinden fest zur Renovierung entschlossen, 91 mit Vorbehalt (679). Auch heute noch ist das französische Kataster in einem äußerst schlechten Zustand, sodaß die Reform von 1955 eine selbständige Hilfskartei für Grundstücke, das *fichier immobilier* mit *fiches parcelaires* (die aber auch wieder nur in Gemeinden mit erneuertem Kataster angefertigt werden können) und *fiches d'immeubles* schaffen mußte, um eine gewisse "reale" Publizität zu erreichen (680).

- 
- 678) Loi ayant pour objet de rendre plus rapide et plus économique la révision du cadastre, J.O. 19.3.1898 = D.P.1898. 4.38. Das Gesetz schrieb in Art.9 vor, daß in Gemeinden mit neuem oder revidiertem Kataster sämtliche Urkunden die Grundstücke nach dem Kataster bezeichnen müssen. Diese Bestimmung wurde in Art.820 des Code général des impôts übernommen. Ähnlich auch Art.7 des Dekrets vom 4.1.1955 in der Fassung des Dekrets Nr.59-89 vom 7.1.1959.
- 679) P.V. Bd.8 S.730
- 680) Vgl. dazu Ripert-Boulanger Bd.III, Nr.194 ff. Zu Einzelmaßnahmen, um das Kataster auf dem laufenden zu halten, s. Planiol-Ripert-Becqué Bd.XIII, S.869 Fn. 1

2) Außerhalb der Katasterkommission hatte man sich aber ganz überwiegend schon wieder von der Grundbuchidee abgewandt. Im Gespräch war nur noch eine Reform des Gesetzes von 1855 und besonders eine Reform des Hypothekenrechts, die von der Katasterkommission für nicht so vordringlich erachtet worden war.

Dieses Thema war schon auf einem Teil der oben erwähnten Kongresse angesprochen worden.

Einer der ersten in dieser Richtung formulierten brauchbaren Entwürfe war der des Comité des notaires des départements, der weitgehend von älteren Vorschlägen, insbesondere auch den bis dahin von der Katasterkommission erarbeiteten, inspiriert war. Er unterwarf alle Hypotheken und Privilegien dem Publizitäts- und Spezialitätsprinzip und dehnte die Transkriptionspflicht auf alle denkbaren Rechtsvorgänge aus, über das Gesetz von 1855 hinaus insbesondere auf die "actes déclaratifs" und Auflösungs- oder Verzichtsgeschäfte. Für jede Eintragung war die Erstellung einer öffentlichen Urkunde und die Voreintragung des Verfügenden gefordert. Auch der Erwerb von Todes wegen sollte publizierungspflichtig werden; für den Nachweis waren eine Reihe von Möglichkeiten vorgeschlagen (681). Der

-----  
681) Vgl. dazu Chaine aaO. S.48/49; Zitat des den Erwerb von Todes wegen betreffenden Art.3 auf S.169. Dort heißt es:  
" La transcription s'opère par le dépôt ... de 2 extraits, en ce qui concerne les immeubles, des déclarations de successions, reçues par les receveurs de l'Enregistrement; ces extraits sont certifiés par les receveurs. - Le conservateur transcrit ... le contenu aux extraits et remet au requérant l'un des extraits au pied duquel il certifie avoir fait la transcription.- Les héritiers légaux représenteront, avec les extraits, un intitulé d'inventaire ou un acte de notoriété, les successeurs irréguliers représenteront un extrait du jugement qui les aura envoyé en possession; les légataires ou donataires à cause de mort, un extrait littéral tant de la disposition que du titre amiable ou judiciaire constatant, le cas échéant, la délivrance ou l'envoi en possession."

Entwurf blieb aber vom Gesetzgeber unbeachtet.

Die erste Antwort des Parlaments auf die geäußerten Wünsche kam mit dem Gesetzesentwurf Dupuy-Dutemps, Brisson und Leygues vom 1.2.1894.(682) Dieses Projekt, das über die Regeln des Gesetzes von 1855 hinaus die "actes déclaratifs" und den Erwerb von Todes wegen (letzteren mit der Sanktion der Verfügungssperre) der Publizität unterwarf, daneben die Aufnahme eines "casier civil" nach dem Vorbild früherer Entwürfe der Katasterkommission vorsah, wurde an die Kommission für die Zivilprozeßordnung und die Friedensrichter verwiesen, um dort nie wieder aufzutauchen.

Nicht viel besser erging es den Entwürfen des Senators Thézard, vorgelegt am 28.10.1895 (683), und des Justizministers Darlan, der am 27.10.1896 dem Senat zugeleitet wurde (684).

Ersterer zeichnet sich durch außerordentliche Zurückhaltung aus: er beschäftigte sich in nur 4 Artikeln, von denen 3 lediglich Änderungen der Art. 1, 3 und 4 des Gesetzes von 1855 vorsahen, allein mit der Transkription der Rechte außer Hypothek und Privileg. Im Ganzen lief dieses Projekt unter Beibehaltung des bisherigen Systems auf eine Erweiterung des Kreises der transkriptionspflichtigen Akte um die "actes déclaratifs" und die "mutations à cause de mort" hinaus, wobei als Grundlage jedes Eintrags das Kataster dienen, die Sanktion für gewisse Fälle statt in der Nichtentgegensetzbarkeit in einer Geldbuße bestehen sollte.(685) Dieser Entwurf wurde zur Prüfung an die 6.Kommission für parlamentarische Gesetzesinitiativen verwie-

- 
- 682) Text J.O., Doc.parl. Chambre, Session ordinaire 1894, Anlage Nr.344, S.114 ff. Vgl. dazu Chainé aaO. S.47/48
- 683) J.O., Doc.parl. Sénat, Session ord. 1895, Anlage Nr.8, S.411-414
- 684) Text und Begründung: J.O. Doc.parl. Sénat, Sess.extraord., Anlage Nr.2, S.332 ff. - Zu beiden Entwürfen Chainé aaO. Gayraud aaO.; Sautai, De le publicité des actes intéressant la propriété immobilière. Législation actuelle - Projets de réforme. Thèse Caen 1909.
- 685) Vgl. wegen Einzelheiten und im Vergleich zum Entwurf Darlan; auch Grassé aaO. S.563 ff.

sen. Der am 24.1.1896 von Brusset erstattete Bericht befürwortete ihn, verlangte aber auch eine Reform des Hypothekenrechts, worauf Thézard unter Mitarbeit von Brusset am 23.6.1896 eine Novelle anregte, um das Spezialitätsprinzip strenger durchzuführen (686).

Das Projekt Darlan griff mit 41 Artikeln schon rein umfangmäßig über diesen Entwurf hinaus und behandelte auch die Hypothekenfrage. Es nahm zwar gewisse Anregungen des Entwurfs der Notarvereinigung von 1894 und auch der Katasterkommission auf, ließ aber die Katasterfrage völlig beiseite, sodaß die vorgeschlagene Einrichtung eines Hilfsregisters, das nach Grundstücken geordnet ist, als praktisch undurchführbar erscheint. (687) Praktisch war allerdings der Vorschlag, die Eintragung nicht mehr durch wörtliche Abschrift durchzuführen, sondern durch einen "~~ex~~trait analytique". Bei der Transkription war im übrigen auch lediglich eine weitere Ausdehnung des Kreises der publizierungspflichtigen Akte, insbesondere auf "actes déclaratifs" und den Erwerb von Todes wegen vorgesehen. (688)

Beim Komplex Hypotheken und Vorzugsrechte waren etwas kräftigere Maßnahmen ins Auge gefaßt worden: hervorzuheben sind die geplante Abschaffung der Judikatshypothek und der Generalprivilegien; für die verbleibenden Verwertungsrechte sollte das Publizitätsprinzip und ein umfassendes Spezialitätsprinzip eingeführt werden. (689)

Beide Projekte wurden wieder an die erwähnte Kommission verwiesen, wo sie auf fast ein Jahrzehnt versanken. Erst am 29.3. 1904 erstattete Thézard den ersten Bericht, gefolgt von einem

-----  
686) Vgl. Gayraud aaO. S.71. Texte J.O. Doc.parl. Sénat, 23.6. 1896, Anlage Nr.8, S.259

687) Vgl. dazu den - noch zu behandelnden - Rapport Thézard von 1904, S.226

688) Vgl. auch hierzu Grasset loc.cit.

689) Vgl. Grasset S.610-652. Zu diesem Projekt erstattete der Kassationshof im Jahre 1898 ein Gutachten, das die an sich schon recht dürftigen Reformvorschläge noch weiter abmilderte. Auch dies ist bei Grasset loc.cit. mitbehandelt.

weiteren Entwurf (690), der die geplanten Reformen noch weiter abschwächte. Insbesondere sollte die Judikatshypothek nun doch beibehalten werden, und als Sanktion war bei der Eintragung der "actes déclaratifs" nur noch eine Geldbuße vorgesehen. Auf der gleichen Linie bewogte sich der am 13.6.1907 von Girard erstattete Zusatzbericht (691). Schließlich wurde der Gesamtentwurf im Oktober und Dezember 1908 im Senat beraten und angenommen (692), dann am 23.12.1908 der Abgeordnetenkommission zugeleitet. Diese befaßte wieder einen Ausschuß mit dem Entwurf, der aber schon am 19.1.1909 durch Violette Bericht erstatten ließ (693), wobei ein vom Abgeordneten Chastenot im Jahre 1905 erstmals eingebrachter, 1906 wiederholter Gesetzesvorschlag, der die Einführung des Grundbuchs verlangte, mitbehandelt wurde. Nach einem Zusatzbericht vom 21.12.1909, der von einem in wenigen Punkten vom Senatsprojekt abweichenden eigenen Entwurf begleitet war (694), der seinerseits am 20.7.1915 unverändert angenommen wurde, verschwand das Projekt für immer von der Bildfläche (695); der am 7.7.1921 von den Abgeordneten Richard und Saget vorgelegte Entwurf, der praktisch auf eine Wiederaufnahme hinzielte, wurde garnicht erst beraten. (696)

So war auch den schon genügend schwachen Anfängen des Gesetzgebers kein Erfolg beschieden.

- 
- 690) Text J.O.Doc.parl. Sénat session ordinaire 1904, Anlage Nr.111, S. dazu den Bericht von Lebret in Rev.crit.1904, S.616
- 691) J.O. Doc.parl. Sénat, Session ordinaire 1907, Anlage 158. Vgl. dazu Chaîne aaO. S.52
- 692) Vgl. den Rapport von Girard vor dem Senat, J.O.1908 Doc. parl., Sénat, Protokoll der Sitzung vom 23.10.1908
- 693) J.O. 1909, Doc.parl. Chambre, Anlage Nr.2256. Vgl.dazu Gayraud S. 110 ff., Chaîne S.52 f., Juillard, De la réforme de la transcription, Thèse Rennes 1920, S.55
- 694) Beide abgedruckt und synoptisch gegenübergestellt bei Gayraud aaO. im Anhang
- 695) Vgl. auch Planiol-Ripert-Becqué aaO. Bd.XIII Nr.1435(S.870)
- 696) Proposition Richard et Saget im J.O. vom 7.7.1921, Doc. parl. Chambre, Annexes Nr.3027, S.2250. Eine Übersicht über alle Projekte vor 1933 und genauere Angaben darüber bei Manuel-Gismondi, Le régime de la publicité foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie, Thèse Paris 1933

Die beiden zeitlich folgenden gesetzgeberischen Maßnahmen, die schon erwähnten Gesetze vom 1.3.1918 (697) und vom 24.7.1921 (698), brachten im wesentlichen nur Veränderungen in der Form der Publizität: das Gesetz von 1918 ersetzte die Abschrift des Hypothekenbewaltigers in das Inskriptionsregister durch die Sammlung und in der Reihenfolge des Eingangs erfolgende Vermehrung eines der beiden neben der Originalurkunde oder einer Anfertigung seit jeher einzureichenden Antragsformulare (vgl. Art.2148 C.c. i.d.F. von 1918); das Gesetz von 1921 führte eine analoge Maßnahme für die Transkription ein, wo nunmehr zwei gleichlautende Anfertigungen oder beglaubigte Abschriften, bei privatschriftlichen Akten zwei Originale abzuliefern waren, wovon ein Exemplar dem Antragsteller zurückgegeben, eines dem nunmehr als Blattsammlung geführten Register einverleibt wurde.(vgl. die durch das Gesetz von 1921 dem Gesetz von 1855 hinzugefügten Art. 13 und 14).

Beim Gesetz von 1918 hatte man sogar einen kleinen Schritt in Richtung auf eine "reale" Publizität und die genauere Durchführung des Spezialitätsprinzips gemacht: die belasteten Grundstücke waren - ausgenommen bei Legal- und Judikatshypothek - nicht mehr nur nach Art und Lage, sondern auch mit der Katasternummer zu bezeichnen (Art.2148, Abs.3 Ziff.5 und - wegen der Ausnahme - Abs.4 C.c. i.d.F. von 1918) (699).

- 
- 697) J.O. 3.3.1918 = D.P. 1918.4.361, mit einer Ausführungsverordnung vom 29.3.1918, J.O. 1./2.4.1918 = D.P. 1919.4.363 und einem unbedeutenden Änderungsgesetz vom 31.5.1918, J.O. 2.6.1918 = D.P. 1919.4.363.
- 698) J.O. 26.7.1921 = D.P. 1921.4.215, mit zwei Ausführungsverordnungen vom 28.8. und 6.10.1921, beide abgedruckt in D.P. 1921.4.218
- 699) Vgl. wegen Einzelheiten Deteix, Des réformes récentes de l'inscription hypothécaire et de la transcription. Loi du 1<sup>er</sup> mars 1918. Loi du 21 juillet 1921. Thèse Poitiers 1924; Gouze, La réforme des inscriptions hypothécaires et des transcriptions (Loi du 1<sup>er</sup> mars 1918 et du 21 juillet 1921). Thèse Paris 1925

3) Erst die Wiederangliederung von Elsaß-Lothringen an Frankreich gab auch dem Gesetzgeber wieder einen Anstoß, sich mit der Frage der Reform des Publizitätswesens zu beschäftigen. Die im Gesetz über die Einführung der französischen Zivilgesetzgebung vom 1.6.1924 vorgesehene vorläufige Beibehaltung des deutschen Grundbuchsystems - wobei allerdings die konstitutive Wirkung und der öffentliche Glaube der Eintragung abgeschafft wurden - erfolgte nicht zuletzt in dem Gedanken, die damals als überlegen anerkannte lokale Sonderregelung früher oder später auf das ganze Gebiet des französischen Mutterlands auszudehnen. (700) Die Beschränkung der Geltungsdauer dieser Regelung auf 10 Jahre ab Inkrafttreten (am 1.1.1925) (vgl. Art.14 des Gesetzes) mußte den Gesetzgeber auch bald wieder vor die Frage stellen, ob das "livre foncier" im Mutterland eingeführt werden sollte.

Dies nahm die Société d'études législatives zum Anlaß, im Jahre 1927 das Thema der Reform des "régime foncier" auf die Tagesordnung zu setzen und in den Jahren 1928 und 1929 zu beraten (701). Die Grundtendenz der Beratungen und des schließlich veröffentlichten endgültigen Entwurfs (702) geht darauf hin, das gemein-französische Recht so zu verbessern, daß das elsaß-lothringische System mit seinem (modifizierten) Grundbuch früher oder später im ganzen Land eingeführt werden oder umgekehrt durch ein wesentlich verbessertes eigenes System ersetzt werden kann. So führt Morel in seinem Bericht über den Vorentwurf aus (703), daß, falls das französische System bis

---

700) Vgl. den Bericht von Robert Schuman vom 2.2.1923 in der Abgeordnetenversammlung, Anlage Nr. 5518 zum J.O. vom 27.4. 1923 S.263; auch die Anmerkung zum Gesetz vom 1.6.1924 in D.P. 1924.4.286, 2.Spalte. - Zum Ganzen vgl. die eingehenden Ausführungen von Blanke aaO. S.104 ff., auch Hedemann aaO. 2.Hälfte, S.126 ff.

701) Vgl. den Bericht von René Morel im Bull.Soc.ét.lég. 1928, S. 215 ff.

702) Abgedruckt Bull. Soc.ét.lég. 1929, S.179-187

703) s. Fn.701 Der Vorentwurf ist abgedruckt in Bull.Soc.ét.lég. 1928, S.238; er entspricht im wesentlichen dem endgültigen Projekt.

zum Ablauf der Frist, die für die provisorische Beibehaltung des Grundbuchs gesetzt ist, auf dem damaligen Stand geblieben sein sollte, es unzweifelhaft wäre, daß das Grundbuch in Elsaß-Lothringen beibehalten werden müßte, selbst auf die Gefahr hin, damit das Nebeneinander zweier Rechtsordnungen im Mutterland zu verewigen. "Il ne peut être question de supprimer dans ces départements le livre foncier, document de consultation aisée, rapide et directe, dont la supériorité sur nos registres hypothécaires ne peut être sérieusement mise en doute."

Da aber auch die Kommission die Einführung des Grundbuchs im übrigen Frankreich aus finanziellen und verwaltungsmäßigen Gründen seinerzeit nicht für möglich hielt, stellte sie auf Reformen des gegenwärtigen Systems ab, die sich aber im wesentlichen auf Änderungen auf dem Gebiet der Hypotheken und Privilegien erstreckte, wobei sie sich darin einig war, "que le projet qu'elle a élaboré n'ait qu'un caractère transitoire et constitue une étape vers la fusion des deux législations en un régime unique ayant pour base le livre foncier." (704)

Die beiden gefertigten Entwürfe, die sich im wesentlichen gleichen, bringen denn auch keine umwälzend neuen Vorschläge. Die Aufteilung im Transkriptions- und Inskriptionsregister, beide geführt vom Hypothekenbewahrer, sollte beibehalten werden. Allerdings sah der endgültige Entwurf in Art.13 an Stelle des bisherigen Hilfsregisters ein neues "répertoire" vor, das Morin in seinem Bericht als in der Form "assez voisine de celle du livre foncier" qualifizierte. Dieses Register sollte bei der alphabetischen Aufzählung des an Grundstücksgeschäften beteiligten Personen alle sie betreffenden Angaben in den einzelnen Registern zusammenfassen, wobei sehr genaue Bezeichnungen sowohl der betreffenden Person selbst als auch der ihr gehörenden Grundstücke oder Grundstücksrech-

-----  
704) Rapport Morel loc.cit. S.218. Kritisch zum livre foncier aber, trotz des Wunsches nach Übernahme des elsäß-lothringischen Systems, Capitant, Bull.Soc.ét.lég.1929, S.66

te vorgesehen waren. Damit wäre man tatsächlich dem elsaß-lothringischen System recht nahe gekommen, das ja - wie heute weitgehend auch in Deutschland - die oft recht kleinen Grundstücke am Eigentümernamen zentralisiert, durch die enge Verbindung mit dem Kataster aber leicht die Orientation nach Grundstücken ermöglicht.(705)

Im übrigen war im ersten Teil des endgültigen Entwurfs, der sich (in den Art. 1 - 9) mit der Transkription beschäftigt, zwar in Art.1 das Voreintragungsprinzip normiert, aber schon bei Art.2 setzt die Kritik an: weder die "actes déclaratifs", also insbesondere die Teilung, noch der Erwerb von Todes wegen wurden, trotz häufiger dahingehender Wünsche, der Publizität unterworfen, wenn auch anzuerkennen ist, daß die weite Fassung -sonst alle Rechtsgeschäfte und Urteile, die sich auf ein Grundstücksrecht beziehen, umfaßt. An Verbesserungen fallen nur noch auf Art.3 Abs.1, der in den Kreis derjenigen, die sich auf die Nichteintragung berufen können, wie Art. 941 C.c. "toute personne ayant intérêt" einbezieht, und Art.4 Abs.1, der, abweichend von Art.4 des Gesetzes von 1855, auch die Eintragung der Auflösungsklagen mit der Nichtentgegensetzbarkeit sanktioniert. Im Ganzen sind also bei der Transkription, wie Capitant in seinem erwähnten Bericht bemerkt, die Änderungen zweitrangig.

-----

705) Art.13 lautet in den wesentlichen Sätzen: "Un répertoire, ouvert au public par communication verbale ou écrite, .... centralise sous le nom de chaque personne portée aux tables alphabétiques annexes et en ce qui la concerne, les renseignements essentiels que co-mportent les inscriptions, transcriptions ou mentions de radiations. - Ce répertoire doit contenir notamment ... la nature et le caractère de chaque acte à porter, l'indication du registre et du numéro où on l'a consigné, la situation, la nature et la contenance totale des immeubles auxquels il se rapporte ... Une colonne d'observations signale les résolutions d'actes transcrits et les servitudes mentionnées à titre accessoire." - Vgl.dazu auch die Verhandlungen der Commission de réforme du Code civil, Travaux 1945 - 46, S.693 f.

Bei den dinglichen Verwertungsrechten war, neben kleineren Änderungen bei den Vorzugsrechten, eine umfassende Publizität vorgesehen. Vor allem sollten auch die Legalhypotheken von Ehefrau und Mündel dem Einschreibungszwang unterworfen werden (so die in Art.10 des Entwurfs vorgesehene Neufassung des Art. 2134 C.c.). Hierin wurde auch der Schwerpunkt der angestrebten Reform gesehen. Zunächst war sogar an eine Abschaffung der Legalhypotheken gedacht worden, es wurde aber die Beibehaltung beschlossen, "en leur enlevant tout leur venin puisqu'elles seront réduites au rôle des hypothèques ordinaires et que probablement elles ne seront, à l'avenir, que fort peu employées." (706) Eine Ausnahme vom Eintragungszwang wurde nur für die in Art. 2101 a.F. C.c. aufgezählten Generalprivilegien vorgeschlagen, soweit sie bei Nichtausreichen des Fahrnisvermögens auf die Liegenschaften ausgeübt wurden (neuer Art. 2107).

Im übrigen wurden die Vorschriften der erwähnten Gesetze vom 1.3.1918 und 24.7.1921 in das Projekt aufgenommen, ebenso eine Vorschrift, die für Elsaß-Lothringen die bisherige Spezialregelung über den 1.1.1935 hinweg beibehielt (Art.17).

Die letztere Anregung ist die einzige, die der Gesetzgeber, der in der Frage der Reform des Liegenschaftsrechts keinen Schritt weitergekommen war, aufnahm: ein Gesetz vom 23.12.1934 (707) verlängerte die Geltungsdauer der Bestimmungen der Art. 36 ff. des Einführungsgesetzes vom 1.6.1924 in letzter Stunde

-----  
706) Capitant, loc.cit. S.65

707) Text J.O. 26./27.12.1937 = D.P. 1936.4.93. Weitere Verlängerungen erfolgten durch Ord. v.15.9.1944, Art.6 (J.O. 16.9.1944, S.814 = D.A. 1944. Lég.111) bis zum 1.1.1947, durch Gesetz vom 22.12.1946 (J.O. 24.12.1946 = Gaz.Pal.1946.2.478) bis zum 1.1.1948, Gesetz vom 30.12.1947 (J.O.31.12.1947 = D.1948. Lég.17) bis zum 1.7.1949, Gesetz vom 29.6.1949 (J.O. 30.6.1949 = D. 1949.Lég.301) bis zum 1.7.1951 und schließlich durch Gesetz vom 24.5.1951 (J.O. 1.6.1951, S.5791 = D.1951. Lég.249) auf unbestimmte Zeit. Diese Sondergesetzgebung gilt heute noch und ist insbesondere durch das Reformdekret vom 4.1.1955 nicht aufgehoben worden (vgl. dazu dessen Art. 52).

um weitere zehn Jahre bis zum 1.1.1945.

4) Trotz der Fehlschläge bei den Bemühungen um eine wirkliche Reform kam es noch im Jahre 1935 zu einer im Ganzen allerdings recht bescheidenen Änderung des Transkriptionsgesetzes von 1855: die Gesetzesverordnung vom 30.10.1935 (708) brachte eine Erweiterung des Kreises der transkriptionspflichtigen Akte, sie führte daneben Transkriptionsfristen und einen gewissen Formzwang ein.

Diese Änderung erfolgte zwar auf ungewohntem und verfassungsrechtlich sehr umstrittenen Weg (709), nämlich durch Verordnung auf Grund des Gesetzes vom 8.6.1935, das der Regierung bis zum 31.10.1935 außerordentliche Vollmachten zur Verteidigung des Franc und zum Kampf gegen die Spekulation einräumte (710), und war auch überwiegend von fiskalischen Interessen bestimmt (711), kam aber nicht ganz von ungefähr: schon 1925 hatten sich im Parlament wieder Stimmen erhoben, die auf eine Reform des Transkriptionssystems drängten (712), und in den Jahren 1934 und 1935 wurde die Reformbewegung ziemlich stark, wie die Vorschlä-

-----

708) Décret modifiant le régime de la transcription, J.O. 31.10.1935 = D.P. 1935.4.419. Vgl. dazu Ripert-Boulangier Bd.III, Nr.164 u.165, auch Blanke aaO. S.52-54

709) Vgl. etwa die Kritik von Josserand, La transcription vue à travers le décret-loi du 30 octobre 1935, D.H. 1936 Chron. 1

710) Text J.O. 10./12.6.1935 = D.P.1935.4.177

711) Vgl. aus dem Bericht der Regierung (abgedruckt D.P.1935.4.419 als Fn. 1 zum Dekret) folgende Sätze: "Nous avons été ainsi (nämlich im Bemühen zur Sicherung des Franc) amenés, en ce qui concerne les actes translatifs de la propriété immobilière, à rechercher les moyens de déceler, en cette matière, des fraudes qui privent chaque année le Trésor de ressources importantes, en même temps que d'assurer une plus grande sécurité dans les transactions d'immeubles et d'établir avec plus de certitude les origines de la propriété, en vue d'une mise à jour plus précise du cadastre."

712) Gesetzesentwurf Lafarge und Saget; vgl. Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France, September 1926 und April 1927

ge der Abgeordneten Bosc, Steeg und Milan (713) sowie vor allem der Bericht von Pol Chevalier an die Kommission für Zivilgesetzgebung zeigen (714). Vor allem die beiden letzteren Vorstöße hatten im wesentlichen den gleichen Inhalt wie die Gesetzesverordnung von 1935 und bilden wohl auch deren Grundlage. Sie waren zum Teil aber besser durchdacht, da sie - im Gegensatz zur späteren Regelung - für die Einhaltung der Transkriptionsfristen eine Sanktion, nämlich Geldbußen vorsahen und beim Formzwang nicht die bloße Hinterlegung bei einem Notar genügen ließen, sondern notarielle Beurkundung verlangten.

Die Neuregelung sah im einzelnen folgende Ergänzungen des Transkriptionsgesetzes von 1855 vor: Ausdehnung der Transkriptionspflicht auf feststellende Urteile und Rechtsgeschäfte, die das Eigentum oder ein dingliches Recht an einem Grundstück betreffen (neue Ziff. 5 des Art.1), und auf den Erwerb von Grundstücken oder Grundstücksrechten von Todes wegen durch einen Alleinerben oder einen Vermächtnisnehmer (neue Ziff.6 des Art.1), die Einführung von Transkriptionsfristen, die sich für den Erwerb von Todes wegen auf ein Jahr ab dem Erbfall, bei Urteilen auf vier Monate ab Rechtskraft, für alle sonstigen einzutragenden Vorgänge auf vier Monate ab dem "enregistrement" belaufen (neuer Abs.8 des Art.13) und schließlich die Voraussetzung der notariellen Beurkundung oder, für privatschriftliche Akte, der Hinterlegung innerhalb von drei Monaten nach Vornahme bei einem Notar für alle Rechtsgeschäfte außer für die in Art.2, Ziff.4 und 5 aufgezählten, also Miet- und Pachtverträge von über 18 Jahren Dauer sowie Rechtsgeschäfte, die, selbst für ein Miet- oder Pachtverhältnis geringerer Dauer, die Zahlung oder die Abtretung des Miet- oder Pacht-

-----

713) Vgl. dazu Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France, August 1933

714) Vgl. dazu Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France, November 1934; zum Ganzen auch Maraval de Bonnéry, La réforme de la publicité foncière. Le décret-loi du 30 octobre 1935 et vues d'avenir. Thèse Toulouse 1937

zinses für über drei Jahre feststellten (neuer Abs.2 des Art. 2) (715).

Das Dekret hat zweifellos einen gewissen Fortschritt in der Publizität gebracht. Es hat auch das Gesetz von 1855 in Wirklichkeit nicht nur abgeändert, sondern hat dadurch, daß es den Erwerb von Todes wegen, der sich unabhängig von jeder Transkription vollzieht, und die "actes déclaratifs", die nach französischer Auffassung vorher, und zwar unabhängig von jeder Eintragung, entstandene Rechte lediglich feststellen, der Eintragungspflicht unterwarf und so die ganze rechtliche Vorgeschichte des Grundstücks festhalten wollte, eine tiefgreifende Neuerung gebracht: die Transkription ist fortan nicht mehr eine reine "institution civile", die lediglich Konflikte unter den Rechtsnachfolgern desselben Rechtsinhabers mit Hilfe der Nichtentgegensetzbarkeit entscheiden wollte, sondern eine "institution de police civile" (716) mit dokumentarischen Aufgaben, die mit der Nichtentgegensetzbarkeit gar nicht arbeiten kann. Das französische Publizitätswesen hatte so ein Doppelgesicht bekommen. In der Praxis spielte aber dieser neue Aspekt keine Rolle; vor allem blieben die eingeführten Neuerungen ohne großen Erfolg. Die in den Einzelheiten schlecht durchdachte Reform gab auch alsbald zu Kritik Anlaß, die im wesentlichen dahinging, daß die Liste der transkriptionspflichtigen Akte immer noch nicht vollständig war und etwa mündliche Vereinbarungen, den Erwerb von Todes wegen bei Erbenmehrheit und vor allem auch die auflösenden Akte nicht aufnahm (717), weiter daß die Transkriptionsfristen ohne Sanktion blieben, was dazu führte, daß die Hypothekenbewahrer Anträge auch nach Ablauf der Frist annahmen, schließlich daß die für privatschriftliche Urkunden vorgesehene Hinterlegung gar keinen Vorteil brachte,

-----  
715) Im letzten Punkt ungenau Blanke aaO. S.53, der alle feststellenden Rechtsgeschäfte ausnehmen will.

716) Ripert-Boulanger Bd.III Nr.165; Bitouzé aaO. S.15

717) Die oben S. 144 wiedergegebene Regel des Art.4 des Gesetzes von 1855 blieb allerdings unberührt.

weil der Notar in diesem Fall in der Regel keinerlei Einfluß auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts nehmen konnte, wo doch gerade dies der Zweck der obligatorischen öffentlichen Beurkundung ist (718).

e) Wenn auch zu erwarten war, daß - nicht zuletzt auch im Hinblick auf die immer noch ausstehende Vereinheitlichung des Liegenschaftsrechts im Mutterland (719) - über kurz oder lang eine weitere Reform folgen werde, so mußte man auf diese doch bis zum Dekret Nr. 55-22 vom 4.1.1955 (720) warten.

In der Zwischenzeit war aber das Problem des Liegenschaftsrechts trotz Kriegs- und Nachkriegszeit nicht ganz vergessen worden. Man schwenkte allerdings von der Publizitätsfrage zunächst ab. An gesetzgeberischen Maßnahmen sind hier zu erwähnen die Gesetzesverordnung vom 14.6.1938 sowie die Gesetze vom 22.9.1942 und 12.6.1953, die durch Änderungen der Art. 2135 und 2144 C.c. gewisse Modifikationen bei der Legalhypothek der Ehefrau brachten (721) und die Gesetzesverordnung vom 17.6.1938, die das Recht der Grundstückspfändung betraf (722).

1) Auch die Société d'études législatives, die sich im Jahre 1942 mit der Frage der Privilegien und der verborgenen Legalhypotheken befaßte, streifte die Publizitätsfrage mehr am Rande: die Frage, ob nicht überhaupt auf die Befreiung vom Eintragungszwang bei diesen Rechten verzichtet werden sollte,

718) Vgl. hierzu Josserand loc.cit. (Fn.709); Durand, Le régime de la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935, Rev.crit.1936 S.149 ff.; Savatier, JCP 1935. I.1397; den mit L.S. gezeichneten Beitrag in D.H.1936, Notes fiscales, S.45 ff.; Bitouzé aaO. S.15 ff.; auch die amtliche Begründung zum Dekret vom 4.1.1955 (Gaz. Pal. 1955 1.503 = D.1955 Lég.44 = JCP 1955.19512) und schließlich Blanke aaO. S.53 f.

719) s. Fn.707

720) J.O. 7.1.1955, weitere Fundstellen s. Fn.718

721) Näheres oben S. 101

722) Vgl. S. 133 und 135. Auf die 1955 erfolgte Einführung der Arresthypothek sei hier ebenfalls hingewiesen (s. dazu oben S.80)

wurde - unter Hinweis auf die Beratungen von 1928 und 1929 - ausdrücklich ausgenommen (723). Nur für die Inhaber von Generalprivilegien, die sich im Falle des Nichtausreichens des beweglichen Vermögens am unbeweglichen Vermögen bevorzugt befriedigen können, war ein Eintragungszwang mit einer Frist von zwei Monaten ab Entstehung vorgesehen (724). Sonst ist am Projekt nur erwähnenswert die vorgesehene Ergänzung oder der vollständige Ersatz der Legalhypothek des Mündels durch die Hinterlegung von Geld oder anderen beweglichen Werten im Falle, daß das Grundvermögen des Vormunds nicht hinreichen sollte (neuer Abs.2 des Art. 2122) und die dem Vormund selbst gegebene Möglichkeit, die Legalhypothek auch noch nach Reduzierung auf einen angemessenen Betrag durch Sicherheitsleistung abzulösen. (Einschaltung von 6 Absätzen nach Abs.1 des Art.2161 a.F. C.c.) (725).

2) Die mit Dekret vom 7.6.1945 (726) eingesetzte Kommission für die Reform des Code civil kam bei ihren Beratungen im Sommer 1946 wieder auf das Problem der Publizität zurück, und zwar im Zusammenhang mit der Frage der Angleichung des Rechts von Elsaß-Lothringen an das gemeinfranzösische Recht. Die beim Justizministerium bestehende "Commission d'unification législative" hatte einen Entwurf zur Vereinheitlichung des Liegenschaftsrechts im französischen Mutterland einschließlich der

-----

723) Vgl. Rapport Le Balle, Bull.soc.ét.lég. 1940-1946, S.161 ff (S.162)

724) Dem Art.2105 C.c. a.F. sollte ein neuer Absatz hinzugefügt werden mit folgendem Wortlaut: "Toutefois, lesdits créanciers, hormis ceux qui sont privilégiés pour frais de justice, ne pourront user du droit de préférence à eux ainsi conféré à titre subsidiaire qu'à la condition d'avoir dans les deux mois de la date où leur privilège a pris naissance, fait inscrire leurs droits sur les immeubles au bureau des hypothèques compétent." So Ziff. 1 des "Entwurfs zur Textänderung", Bull.soc.ét.lég. 1940-1946, S. 166 f.

725) Zum Ganzen vgl. den in Fn.723 erwähnten Rapport von Le Balle mit dem im Anhang abgedruckten Entwurf.

726) J.O. 8.6.1945, S.3320; Text abgedruckt in den Travaux, 1945-1946, S.11

Departements Bas-Rhin, Haut-Rhin und Moselle erstellt, der sich besonders mit der Publizität befaßte (727).

Dieses Projekt sah eine zum Teil weitgehende Umgestaltung des gemeinen Rechts vor, um es dann auch in den wiedererworbenen Gebieten einzuführen. Beibehalten werden sollte die Publikation der Rechtsgeschäfte, nicht, wie beim Grundbuch, der Rechte, sowie die Führung der Register durch den Hypothekensbewahrer. Als technische Angleichungsmaßnahme wurde die Ersetzung der bisherigen Hilfsregister des Art. 18 des Gesetzes vom 21 ventôse an VII durch eine dem Personalfolium nahestehende Einrichtung vorgeschlagen; Art. 10 des Entwurfs hat insoweit Art. 13 des Projekts der Société d'études législatives von 1929 (728) fast wörtlich übernommen, aber dahingehend ausgebaut, daß diesem Repertoire ein gewisser Beweiswert zukam. Die Absätze 3, 4 und 5 des Art. 10 enthielten Bestimmungen über ein Anfechtungsrecht der Parteien auch gegen den Eintrag im Repertoire, über die Freistellung des Hypothekensbewahrers von der Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Eintrags, wenn ein Monat ab dessen Vornahme ohne Anfechtung verstrichen war, und schließlich über die Natur des Eintrags selbst: "les énonciations du répertoire ne font pas foi contre la teneur des actes et des bordereaux déposés au bureau, ni contre les mentions portées en marge de ces actes ou bordereaux." Die elsaß-lothringischen Grundbücher sollten in der bisherigen Form beibehalten werden, aber als Hilfsregister im Sinne des Art. 10 gelten (Art. 17 des Entwurfs), das neben den auch in Elsaß-Lothringen einzuführenden Transkriptions- und Inskriptionsregistern (Art. 13 des Entwurfs) besteht.

-----  
727) Projet d'unification du régime de la publicité des droits immobiliers sur le territoire de la France continentale, y compris les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, mit den dazugehörigen Motiven abgedruckt Travaux 1945-1946, S. 655 ff.

728) S. oben Fn. 705 mit Kontext

Formellrechtlich wurde die Normierung des Voreintragungsprinzips vorgeschlagen (Art.11 des Entwurfs, der einen dahingehenden Absatz an Art.1 des Gesetzes von 1855 hinzufügen wollte), ebenso ein vereinfachtes Verfahren bei Streitigkeiten mit dem Hypothekenbewahrer (Neufassung des Art.2199 C.c. durch Art.9 des Entwurfs). An materiellrechtlichen Änderungen sind zu erwähnen die Abschaffung der verborgenen Hypothek, d.h. die Ausdehnung des Eintragungszwangs auf die Legalhypotheken von Ehefrau und Mündel (Neufassung des Art.2134 C.c., der keine Ausnahme mehr vorsieht), die konsequentere Durchführung des Spezialitätsprinzips (Neufassung der Art.2129, 2132, 2140, 2141 und 2148 Abs.9 C.c.), eine Ausdehnung der Transkriptionspflicht auf a l l e erbrechtlichen Erwerbsvorgänge, auf Rückkauf, vertragliche Rückübereignung, Verkaufsversprechen u.ä. sowie auf Verfügungsbeschränkungen (neue Ziffern 6-9 von Art.1 des Gesetzes von 1855), die Einführung einer Vormerkung (Neufassung des Art.2156 C.c.) (729) und schließlich die Abschaffung von Sonderregeln außerhalb des Code civil, wobei insbesondere der neue Abs.2 von Art.2154 C.c. auffällt, der die Aufgabe der Befreiung von der zehnjährigen Eintragungs-erneuerung für den Crédit foncier de France und gleichgestellte Einrichtungen vorsah.

Mit diesen Vorschlägen tendierte der Entwurf, wie der Bericht der bei der Reformkommission gebildeten sous-commission des biens et de la propriété feststellt (730), "en somme à l'abandon du système local par l'adoption de règles nouvelles voisines de celles de la législation belge."

- 
- 729) Der Abs.1 sollte lauten: "Tout droit susceptible d'être transcrit ou inscrit peut faire l'objet d'une prénotation destinée à assurer à ce droit son rang de transcription ou d'inscription ou à garantir l'efficacité d'une rectification ultérieure.  
Cette prénotation aura lieu en vertu, soit du consentement des intéressés donné par acte authentique, soit d'une décision judiciaire devenue définitive."
- 730) Travaux 1945 - 1946, S.667

Die genannte sous-commission lehnte das Projekt aber ab mit der Begründung, daß das in Elsaß-Lothringen befolgte System unzweifelhaft dem alten französischen überlegen sei und daher nur eine Übernahme desselben in Frage käme. " On ne peut, en effet, sous couleur d'uniformité législative, imposer à l'Alsace-Lorraine des règles de droit moins bonnes que celles actuellement en vigueur sur ce territoire." Angefügt wurde noch der Hinweis darauf, daß das Problem der Publizität der dinglichen Rechte nur im Zusammenhang mit dem System der dinglichen Rechte überhaupt erörtert werden sollte und könnte.

Vorgeschlagen wurde daher lediglich eine Reform des Hypothekenrechts, wo auch die Legalhypotheken dem Eintragungszwang unterworfen werden sollten (731).

Das Plenum der Reformkommission befaßte sich auf seiner Sitzung vom 6.7.1946 mit dem Vorschlag seines Unterausschusses. Nach eingehender, aber etwas verworrener Diskussion, die auch auf die Frage der Einführung des Grundbuchs im Gebiet des gemeinfranzösischen Rechts einging, wurde nicht nur diese Einführung abgelehnt, sondern auch das Problem der Legalhypotheken hintangestellt, weil es als nicht zweckmäßig erschien, diese Themen vor Klärung der geplanten Neuordnung des Eigentumsrechts und des Vertragsrechts eingehend zu diskutieren (732).

In der Sitzungsperiode 1946 - 1947 setzte die sous-commission des biens die Frage des Eigentumsübergangs und der Transkription nochmals auf die Tagesordnung (733), zu einer Diskussion hierüber kam es aber nicht mehr. Diese Pläne sind auch später nicht mehr aufgegriffen worden, wie es überhaupt den Anschein hat, als ob die Tätigkeit der Reformkommission langsam, aber sicher einschlief.

-----

731) Vgl. den Entwurf in Travaux 1945-1946, S.676 ff., dazu den Bericht, S.675

732) Vgl. dazu den stenographischen Bericht, Travaux 1945-1946, S.683-697

733) Vgl. Travaux 1946-1947, S.612 und S.617 f.

3) Nachdem die Reformkommission mit ihren Beratungen über die Publizitätsfrage keine Fortschritte erzielen konnte, setzte die Regierung durch Entschliebung vom 9.5.1953 (734) eine interministerielle Kommission zum Studium der Reform des "régime hypothécaire" ein. Die Arbeiten dieser Kommission bilden die Grundlage des Reformdekrets Nr.55 - 22 vom 4.1.1955 "portant réforme de la publicité foncière", das auf Grund des Gesetzes Nr.54 - 809 vom 4.8.1954, "autorisant le Gouvernement à mettre en oeuvre un programme d'équilibre financier, d'expansion économique et de progrès social", (735) wozu ausdrücklich auch die Reform des Publizitätswesens gezählt wurde, erging.

Dieses Dekret brachte zwar äußerlich sehr umfangreiche Änderungen im Text des Code civil und die Aufhebung des Transkriptionsgesetzes von 1855 - die Änderungen sind zum größtem Teil schon bei der Behandlung der einzelnen dinglichen Grundstücksrechte besprochen - änderte aber die leitenden Grundsätze des französischen Grundstücksrechts nicht. Es dehnte in seinem materiellrechtlichen Teil den Einzugsbereich der Transkription aus und unterwarf vor allem auch die Legalhypotheken der Publizität (736). Der Schwerpunkt der Reform liegt aber, wie auch in der amtlichen Begründung zum Ausdruck kommt, auf formal-technischem Gebiet: die Einführung neuer Hilfskarten, des ficher immobilier in seinen einzelnen Formen (fiche personnelle de propriétaire, fiche parcellaire für die ländlichen, fiche d'immeuble für die städtischen Grundstücke; vgl. Art.1 des Dekrets), die obligatorische notarielle Beurkundung (Art.4 Abs.1 des Dekrets) und nicht zuletzt das nunmehr übernommene Voreintragungsprinzip (Art.3 des Dekrets) sollten von dieser Seite her eine möglichst umfassende

-----  
734) J.O. 10.3.1953, S.2274

735) J.O. 15.8.1954, S.7858 = D.1954 Lég.352

736) Vgl. hierzu die amtl.Begründung, Ziff.II und III  
(Fundstellen Fn. 718)

Sicherheit in den Grundstücksverkehr bringen (737).

Zu diesem Dekret erging am 14.10.1955 eine sehr umfangreiche Ausführungsverordnung (738). Später erfolgten noch geringfügige Änderungen und Ergänzungen, so durch die Ordonnanz Nr.59-71 (Anpassung anderer Gesetzestexte an das neue Publizitätssystem) und die beiden Dekrete Nr.59-89 und 59-90, alle vom 7.1.1959 (739). Damit scheint die Reform des Publizitätswesens in Frankreich, zumindest für eine gewisse Zeit, zu einem Abschluß gekommen zu sein.

-----

- 737) Einzelheiten über die Reform von 1955-1959 vor allem bei Blanke aaO., daneben bei Chenu aaO.; bei beiden auch Muster der verschiedenen "fiches". Vgl. auch Bitouzé aaO., weiter Ripert-Boulanger Bd.III Nrn.167-449. Zur Reform auch Esmein, La réforme de la publicité foncière, Gaz.Pal.1955.1.Doctr.30; Becqué, Le régime de la publicité foncière (Décret du 4 janvier 1955), JCP 1955.I.1226; Nerson, La réforme de la publicité foncière, D.1955.Chron.151; Guyenot, La valeur du nouveau système des mutations immobilières, JCP 1958.I.1435; sehr kritisch Savatier, Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955, D.1959.Chron.221
- 738) D. Nr.55-1350; Text J.O. 15.10.1955, S.10125 = D.1955.Lég.441; dazu Becqué, Les modalités d'application de la réforme de la publicité foncière et les récentes innovations en droit hypothécaire, JCP 1956.I.1287
- 739) Texte J.O. 8.1.1959 = Gaz.Pal.1959.1.Lég.145, 172 und 175. Zu erwähnen sind daneben: D. Nr.55-678 v.20.5.1955 (D.S.1955.Lég.285; Änderung des Art.2104 n.F. C.c.); D. Nr.55-1346 v.12.10.1955 (D.S.1955.Lég.441; Ausführungsbestimmung zu Art.2108, 2109 n.F. C.c.); D. Nr.55-1683 v.30.12.1955 (D.S.1956.Lég.30; Ausführungsverordnung zu Art.2154 n.F. C.c.: Befreiung von der Eintragungserneuerungspflicht) und schließlich D. Nr.56-1183 v.15.11.1956 (D.1956.Lég.490). - Vgl. auch Becqué, Les modifications apportées à la nouvelle législation de la publicité foncière, JCP 1959.I.1495<sup>bis</sup>. Zum Ganzen auch wieder Blanke in seiner o.a. Dissertation.

## SCHLUSSBEMERKUNGEN.

In der vorliegenden Arbeit wurde versucht, die Grundlinien des französischen Liegenschaftsrechts (im weitesten Sinne) und die Entwicklungen auf diesem Gebiet seit der Einführung des Code civil aufzuzeigen, gleichzeitig, soweit möglich und zweckmäßig, Vergleiche mit dem geltenden deutschen Recht anzustellen. Dabei ließen sich zwei in sich allerdings nicht ganz einheitliche Tendenzen feststellen.

Einmal wird die Freiheit des Grundeigentümers - und dies gilt für beide Länder - durch öffentlich-rechtliche, aber auch privatrechtliche Vorschriften immer weiter eingeschränkt, aber - wie die neuesten Maßnahmen auf dem Sektor des Mietrechts in Richtung auf eine Liberalisierung zeigen - nur, soweit damit eine gewisse "Sozialisierung" erreicht werden soll. Zum anderen wird in Frankreich - und hier ließen sich Parallelen zum deutschen Recht kaum ziehen, da die Entwicklung in unserem Nachbarland auf ein dem deutschem System ähnliches Publizitätswesen hinzielt - eine größere Sicherheit des Grundstückverkehrs angestrebt. Dies ist gerade im Zeichen eines immer größeren Umfang annehmenden Wohnungsbaus mit zunehmendem Kreditbedürfnis, im Zeichen der Einführung des Wohnungseigentums, aber auch im Zeichen des wirtschaftlichen Zusammenschlusses Europas, der auch die französische Landwirtschaft zur Umstellung nötigt, wofür sie wiederum Geldmittel aufnehmen muß, dringend erforderlich.

Gerade aus dem Gesichtspunkt des Kreditbedürfnisses sind auch Überlegungen einer Angleichung und Harmonisierung des Liegenschaftsrechts der beiden Länder Frankreich und Deutschland nicht ganz ohne Bedeutung, wenn auch andere Rechtsgebiete wie das Recht des Handelskaufs oder des Gesellschaftsrechts vordringlicher einer Vereinheitlichung oder doch Anpassung bedürfen. Dies gilt umso mehr, als beim Grundstücksverkehr in beiden Ländern in aller Regel ein einheimischer Notar mitwir-

ken wird. Selbst von dieser Regel wird es aber wahrscheinlich Ausnahmen in immer weiterem Umfang geben.

Das französische Recht ist hier neuerdings dem internationalen Rechtsverkehr teilweise freundlicher gesinnt als das deutsche: Art.4 Abs.3 des Reformdekrets von 1955 bestimmt nämlich, daß auch Urkunden ausländischer Notare unter der Voraussetzung der Legalisation und der Gleichwertigkeit mit den Urkunden eines französischen Notars publiziert werden können (740). Da eine materiellrechtliche Vorschrift, wie sie Art. 2128 C.c. für Hypotheken gibt (Verbot der Hypothekenbestellung im Ausland), für alle anderen Grundstücksgeschäfte, insbesondere auch die Auflassung, nicht besteht, kann ein solches Geschäft auch vor einem ausländischen Notar beurkundet werden (741).

Für das deutsche Recht wird diese Möglichkeit bei der Auflassung im Hinblick auf § 925 BGB überwiegend abgelehnt (742). Nur Mann (743) will die Beurkundung durch einen ausländischen Notar genügen lassen, wenn dieser dem deutschen Notar gleichwertige Funktionen ausübt. Hingegen ist die Bestellung einer Hypothek an einem deutschen Grundstück im Ausland zulässig, wenn die deutsche Form gewahrt ist (Art.11 Abs.2 EGBGB), und auch grundbuchrechtlich entstehen keine Schwierigkeiten, da der von § 29 GBO geforderte Nachweis auch durch ausländische öffentliche Urkunden erbracht werden kann, wobei in der Regel ebenfalls die Legalisation verlangt werden wird (744). Vielleicht lohnt sich im Zeichen der wachsenden internationalen Verpflechtung bei der Auflassung ein neues Überdenken der bezogenen Positionen, auch und gerade im Hinblick darauf, daß

-----

740) Vgl. oben Fn. 259a

741) Wegen der abweichenden Lage bei Hypothekenbestellung vgl. ebenfalls Fn. 259a

742) Vgl. Weber NJW 1955, 1784; Riedel DNotZ 1955, 521

743) NJW 1955, 1177

744) Vgl. dazu Henke-Mönch-Horber, GBO, 6.Aufl. 1959, Anm. 5 A c, 5 D und 8 b zu § 29 GBO mit w.Nachw.

die besonders auf dem Gebiet des Notariatswesens auf die Wahrung ihrer Eigenheiten bedachten Franzosen diese Einstellung auf dem hier behandelten Gebiet zum großen Teil doch aufgeben haben.

Sonst ergibt der Vergleich mit dem französischen Liegenschaftsrecht im engeren Sinn keinen Anlaß, das deutsche Grundbuchsystem zu ändern, nicht zuletzt auch im Hinblick darauf, daß in Frankreich heute das deutsche System als dem französischen überlegen anerkannt wird, wie im Gespräch mit Wissenschaftlern und Praktikern festzustellen war. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die immer noch bestehende Rechtsspaltung auf diesem Gebiet zu einer Übernahme des elsass-lothringischen Systems führt.

Dagegen lohnt sich die Beobachtung der Entwicklung des materiellen Grundstücksrechts in Frankreich für den deutschen Juristen, besonders auf den Nebengebieten des Landwirtschafts- und Planungsrechts. Die bisher mehr zufälligen Gemeinsamkeiten, die sich auch beim Mietrecht feststellen ließen, könnten dann durch geplante gemeinsame Gesetzgebungsschritte ersetzt werden, so daß das Zusammenwachsen Europas auch auf diesen Gebieten erfolgen kann.

## L e b e n s l a u f

Am 31. Oktober 1937 wurde ich als ältester Sohn des Notars Paul Weber und seiner Ehefrau Gisela geb. Handschuh in Koblenz am Rhein geboren.

Ab Herbst 1943 besuchte ich mit einer halbjährigen Unterbrechung die Volksschule in Münstermaifeld (Bez. Koblenz). Hier wurde ich Ende Oktober 1947 in das humanistische Gymnasium aufgenommen. Nach dessen Auflösung trat ich 1950 in die Untertertia des humanistischen Görresgymnasiums Koblenz ein. Die Ernennung meines Vaters zum Notar in Andernach/Rhein führte drei Jahre später zur Übersiedlung an das dortige humanistische Kurfürst Salentin-Gymnasium, wo ich am 16. Februar 1956 das Reifezeugnis erwarb.

Meine juristischen Studien begannen an der Universität Lausanne im April 1956. Für das Sommersemester 1957 bezog ich die Universität Tübingen. Es folgten fünf Semester an der Universität München. Hier legte ich am 18. Juli 1960 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit November 1960 stehe ich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in Bayern. Derzeit bin ich außerdem als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Institut für Rechtsvergleichung der Universität München tätig.





